ARNOLDI VINNII

IN QUATUOR LIBROS

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS

ACADEMICUS ET FORENSIS

JO. GOTTL. HEINECCIUS JC.

Recensuit, Præfationem Notulasque adjecit.

HAC NOVISSIMA EDITIONE

Vinnii ... LUGDUNENSE ADORNATA EJUSDEM VINNII

QUÆSTIONES JURIS SELECTÆ,

Et præmittitur Operi ex Editione Veneta JACOBI GOTHOFREDI

Historia & Bibliotheca Juris Civilis Romani.

Adjectis Indicibus locupletissimis.

TOMUS PRIMUS.

VENETIIS,
EX TYPOGRAPHIA BALLEONIANA.
MDCCCIV.
SUPERIORUM PERMISSU AC PRIVILEGIO.

LECTORI MONITUM

DE HAC NOVISSIMA EDITIONE.

QUÆ præ cæteris omnibus Com[illegible] habeant hi commoda, etiamsi in Præfatione subsequenti ad unguem enumerata sint, uberius tamen universum Opus volventi patefient. Nos itaque intra officii nostri limites contenti, hoc unum advertendum hic proponimus; nihil scilicet intactum reliquisse, ut omni dotum supellectili instructa prodiret novissima hæc Editio. Quod ut assequeremur, & votis tuis, AMICE LECTOR, (pro solito more) annueremus, SELECTAS *Illustrissimi Arnoldi Vinnii* QUÆSTIONES JURIS una cum Commentario Typis mandari curavimus. Etenim similis erat nimium duplicis hujus Operis materies, affinitas nimia, aut, si dicere liceat, identitas, ut separatim *diutius existerent*, cum præsertim permultæ sint unius ad aliud remissiones, Commentariis ad Quæstionum elucidationem, & vicissim Quæstionem ad Commentariorum illustrationem facientibus, veluti passim in utriusque lectione videre est. Singulis igitur pari cum fructu potire, BENEVOLE LECTOR, optimeque de studio nostro, consule, & Vale.

LECTORI
S. P. D.
JO. GOTTL. HEINECCIUS.

[C]um multa a viris etiam doctissimis reprehendi soleant in operosa illa, ac praeclara Justi[niani le]gislatione; tum saepenumero quibusdam mirari contingit, atque etiam stomachari, [quod legisl]ator illa perfecta, Jureconsultis leges interpretandi illustrandique facultatem, [illegible] qua [illegible], interdixerit, eosque ad conficienda admonitoria, παράτιτλα atque indices improviso consilio damnarit (a). Legum enim interpretationem tam credunt plerique necessariam, ut ea civitatem non facilius, quam ipsis legibus, carituram, officiumque Jurisconsultorum sine illa praeclara facultate inane atque infructuosum reipublicae futurum, arbitrentur. Qua fronte, inquiunt Jurisconsulti sustinebit nomen, qui leges nescit? Leges autem quo pacto scire se dixerit, qui verba earum tenet, non vim ac potestatem? (b) Vim denique, ac potestatem legum an quisquam, quantacumque sit ingenii perspicacia, adsequatur, si non modo interpretationes nullae exstent, verum etiam iis, qui hanc reipublicae operam navare cupiunt, grave ex lege Cornelia judicium immineat? (c) Accedit, quod cum nulla lex, nullumque Senatusconsultum, teste Juliano, (d) ita scribi possit, ut omnes, qui quandoque inciderint, casus comprehendant, imperfectam admodum, ac veluti macilentam esse oportet jurisprudentiam, nisi illi succus ac sanguis ex interpretatione prudentiam accederet. Denique & experientiam, rerum omnium magistram, Romanos docuisse [exis]timant, hac Jurisconsultorum opera rempublicam carere non posse. Sane enim quid artificiosius unquam [illegible] fuisse dicamus, quam duodecim Tabularum libellum, cujus καθαριότητα βραχεῖαν καὶ ἀπέριττον συγκειμένην & polleti, teste Diodoro Siculo (e) unice sunt admirati; quem Crassus apud Ciceronem (f) *omnibus omnium Philosophorum bibliothecis* anteposuit, quem denique Livius (g) *fontem universi publici privatique juris*; & [Ta]citus, (h) scriptor πολιτικώτατος, *finem aequi juris* vocare non dubitavit? Et tamen his legibus latis, statim [c]oeperit necessaria videri interpretatio prudentum disputatione fori, (i) eique unice acceptum ferimus, quod jurisprudentia Romana in tam augustam atque admirabilem disciplinam effloruerit. Quod si autem ea Jurisconsultorum diligentia carere non potuit civitas, quum exiguum illud legum Decemviralium corp[us tant]um eleganter atque absoluta brevitate verborum compositum: (k) in foro regnaret, qui fieri, quaeso, posset, ut opus Justinianaeum diffusissimum, atque ex innumeris variorum auctorum fragmentis consutum sine interpretum commentariis ab ullo mortalium intelligatur? Quam multa enim in eo sunt subtilia? quam m[ulta con]fusa? Quantum ubique veteris philosophiae, quantum antiquitatis, quantum juris publici latet? Quam [saepe] etiam contingit, ut leges quaedam sive vere, sive in speciem pugnantes crucem figant viris doctissimis? Si autem & ii, qui haud mediocri doctrinae, ac litterarum praesidio instructi ad sacra illa accedunt, aliquando haesitant, ac in tanta interpretationum copia Delio sibi natatore opus esse fatentur; quid illis contingeret, qui omni interpretationis lumine destituti veluti illuni nocte per vastam legum sylvam ire, ibique investigare jubentur artem aequi & boni, non minus occultam ac repertu difficilem, quam fatalem illam virgam fuisse fingunt, de qua Sybilla apud Virgilium: (l)

> *Latet arbore opaca*
> *Aureus & foliis & lento vimine ramus,*
> *Junoni infernae dictus sacer: hunc tegit omnis*
> *Lucus, & obscuris claudunt convallibus umbrae.*

Ita illam Justiniani providentiam nonnulli exagitant, nihilque rectius factum esse arbitrantur, quam quod iniquissimam istam sanctionem, quam Accursius (m) absona interpretatione emollire cupiebat, tacitis suffragiis abrogarit aequior rerum aestimatrix posteritas.

Enimvero quamvis haec sint dictu speciosa, tamen consideranti rem paullo accuratius, non adeo absurdum videtur Justiniani consilium, quod illi quam maxime vituperandum existimant. Fuit sane illa non modo Justiniani, sed sapientissimorum quorumvis legislatorum sententia, non expedire reipublicae subtiliores de legibus disputationes: hasce potius memoriae mandatas, factisque exprimendas, quam explicandas esse commentariis. Nulli olim Spartae erant Jurisconsulti, nulli Labeones, Sabini, Juliani, qui Lycurgi leges interpretarentur: & nullus tamen populus Spartanos justitia ac disciplinae severitate superabat: quum contra Romae, atque apud ipsos Hebraeos, ubi viri doctissimi in interpretandis legibus omnem operam industriamque collocabant, eo minus jus diceretur secundum leges, quo magis ferveret jurisprudentiae atque eloquentiae forensis studium.

Nimi-

(a) Const. *Deo auctore*, §. 12. *de conc. Dig.* (b) *L.* 17. *ff. de leg.* (c) Const. *Tanta*, §. 21. *de conf. Dig.* (d) *L.* 10. *l.* 11. *l.* 12. *ff. de legib.* (e) Diod. Sicul. *lib.* XII. *cap.* 26. (f) Cic. *de Oratore lib.* 1. *cap.* 44. (g) Liv. *l.* III. *c.* 34. (h) Tacit. *Ann. l.* III. *c.* 27. (i) *L.* 2. §. 5. *ff. de orig. juv.* (k) Gell. *Noct. Att. l.* 20. *c.* 1. (l) Virg. *Aeneid. lib.* VI. *v.* 136. *seq.* (m) Gloss. *ad l.* 1. §. 12. *C. de vet. jur. enucl.* Commentarios illi adplicare, *Scilicet faciendo & addendo novas leges, nam non prohibet exponi istas. Sed verius est, quod reprobet, ut statim patet.*

PRÆFATIO.

Nimirum ita comparata est legum ratio, ut quo simpliciores sunt ac pauciores, eo certius plerumque ac promptius ex iis jus dicatur, (a) quantoque magis cives videas τὰς τῆς ἰατρικῆς γράμματα, porticus implere litteris, tanto facilius eveniat, quemadmodum vis morborum pretia medentibus, sic fori tabes pecuniam caussidicis ferat. (b) Et hoc ipsum profecto veritus Justinianus conticescere jussit Jurisconsultorum oracula, calamisque scripturientium commentarios ferias indixit, *ne, quod in antiquioribus factum est, per contrarias interpretantium sententias totum jus conturbaretur*, (c) vel ut alibi (d) consilii rationem reddit, *ne verbositas Interpretum aliquod legibus adferret ex confusione dedecus, quod & in antiquis edicti perpetui commentatoribus factum, qui opus moderate confectum huc atque illuc in diversas sententias perducentes in infinitum distraxerint, ut pene omnis Romana sanctio fuerit confusa*. Itaque experientia docuerat Justinianum, quantum detrimenti jus Romanum passum sit non modo a fori tintinnabulis, verum etiam ab antecessoribus, qui logryphorum jurisprudentiæ interpretes profitebantur. Quæ enim fuerit horum hominum ante Justinianum conditio, non sine sale docet scriptor ejus ætatis gravissimus, Ammianus Marcellinus, (e) qui postquam eorum temporum caussidicos & jurisperitos in certas classes descripsit, de secunda ita judicat: *Secundum est genus eorum, qui juris professi scientiam, quam repugnantiam sibi legum abolevere dissidia, velut vinculis ori impositis reticentes, jugi silentio umbrarum sunt similes propriarum. Hi velut fata natalitia præmonstrantes, aut Sybillæ oraculorum interpretes, vultus gravitate ad habitum composita tristiorem, ipsum quoque venditant, quod oscitantur. Hi ut altius videantur jura callere, Trebatium loquuntur, & Cascellium, & Alfenum, & Auruncorum Sicanorumque jamdiu leges ignotas, cum Evandri matre ab hinc sæculis obrutas multis. Et si voluntate matrem tuam finxeris occidisse, multas tibi suffragari absolutionem lectiones reconditas pollicentur, si te senserint esse nummatum.* Quum itaque animadvertisset Imperator, ista interpretationum multitudine ac varietate ita jus omne turbatum esse, ut omnia vera falsa, justa injusta, æqua iniqua æque facile in foro defenderentur: an frænos iterum laxaret forensi isti atque academicæ licentiæ? an pateretur juri, a se in ordinem qualemcumque redacto, novis argutiis novas offundi tenebras? Nonne consultius erat, omnes Jureconsultorum commentarios ad Garamantas relegare, quam eidem, quo prelo ante defuncta erat, periculo de novo exponere rempublicam?

Quamvis autem ita consilii ratio constiterit Justiniano, nolim tamen ego, quemquam existimarem, omnem, quæ nostris temporibus in interpretando illustrandoque jure collocatur, operam, atque industriam inanem, atque infructuosam mihi videri. Neque ego profecto ita censeo, neque illis Justiniani sanctionibus viris jurisprudentiæ gnaris calamos hodie e manibus extorqueri arbitror. Hanc modo summam jam facio cogitationum mearum, cum periculo haud levi conjunctam esse promiscuam illam jura interpretandi licentiam, adeoque neque æquitati, nec prudentiæ refragari gravissimas illas Justiniani sanctiones. Sane quod cum periculo aliquo conjunctum esse arbitramur, id non statim proscribendum aut ab usu removendum dicimus: & quo facile caruerunt Justiniani tempora, quibus, uti ait Cujacius, (f) Jus omne clarius & in usu quotidiano erat positum, eo & nos non illico æque facil[e care]bimus hac ætate, qua jus peregrinum, variis locis corruptum & diuturna desuetudine obscuratum in Fora & Academias penetravit. Ad quam caute ea interpretandi facultate utendum sit, quamque facile jus in tanta interpretum *multitudine in summam ambiguitatem prolabatur*, ipsi, qui jam inde ab Irnerii temporibus prodierunt, commentarii, *mille plaustrorum onus*, unumquemque docebunt. Sane quo plures evolveris, quantoque elegeris majores, tanto magis adparebit, id, quod generatim dixit Callimachus, (g) *μέγα βιβλίον ἴσον εἶναι τῷ μεγάλῳ κακῷ*, de plerisque istis commentariis esse verissimum. Habebis Sardos venales, alios aliis nequiores: sed ut quisque erit amplior ac diffusior, ita pejor videbitur indoctiorque reliquis, ut fatendum sit omnino, beatam futuram fuisse jurisprudentiam, si numquam in manus tam illotas incidisset, gratumque vel istis tantum temporibus fuisset edictum Justiniani, quod legis Corneliæ pœnam irrogari jubet tam ineptis commentariorum consarcinatoribus. Quod ne cui gravius ac liberius dictum videatur, qualem esse oporteat bonum interpretem, & quales sint pleraque, quos illi indoctæ doctorum turbæ debemus, commentarii, paucis ostendere juvabit. Multis profecto partibus pulcherrimum istud atque utilissimum interpretum officium absolvitur. Primum enim iis in id elaborandum est, ut ipsi iis instructi sint præsidiis, quibus lucem obscuris fœnerare possint: deinde ut genuinam cujusque orationis sententiam eruant, ac demonstrent, tum porro, ut nec falsa doceant, nec ab arte sua aliena: postremo, ut ne rem minus obscuram confusa tractandi ratione, & horrido, incompto, agrestique dicendi genere reddant obscuriorem. Has vero dotes in bono interprete admirantur omnes, sine his interpretem nec proficere quidquam, nec operæ pretium facere censent. At interpretes ipsos, in quibus illæ præclaræ virtutes enituerint, non dicam illo Bartholistarum ævo, sed & post felicem illam temporum reparationem, reperies paucissimos, &

> *vix totidem, quot*
> *Thebarum portas, vel divitis ostia Nili.*

Primo enim, quod ad litterarum præsidia attinet, a quibus instructum esse oportere diximus interpretem, quis quæso, tam est stolidus, ut ad intelligendum jus Romanum multum adjumenti nobis attulisse existimet eos, qui nec Græcas nec Latinas docti litteras, ubi in Græcam vocabulum incidunt, quasi oblata quæ-

dam

(a) Strabo *Geog. lib.* VI. *pag.* 179. (b) Tacit. *Annal. lib.* XI. *cap.* 6.
(c) Const. *Deo auctore* §. 24. (d) Const. *Tanta dict.* §. 24.
(e) Ammian. Marcell. *lib.* XXX. *cap.* 4.
(f) Cujac. *præfat. paratit. Digest.*
(g) Callimach. apud Athen. *Dipnos. lib.* III. p. 72.
Vinnius in Institut.

dum gemina magica exclamant: *Græcum est, non potest legi*, qui *juridictio* an *jurisdictio* dicendum sit, addubitant: quibus denique *vis & potestas* est potestas violenta, violenta autem potestas, quæ invito etiam tutori defertur? Quid deinde lucis speres ab illis tenebrionibus, qui rudes historiæ ac antiquitatum, credere nos jubent, Augustum voluisse adoptare Germanicum, eoque refragante callide persuasisse cuidam Tiberio, ut ipse Germanicum adoptaret, seque ipsum sibi daret arrogandum: qui serio nobis narrat, ad bestias datos olim homines, *ut bestias deducerent, vel cum iis comederent, vel alia bestialia facerent*: Patres conscriptos dictos, *quod nomina eorum scripta fuerint in aliquo loco, vel in corona capitis eorum*: æditos fuisse præfectos vigilum, quique cum iis noctu urbem circuminerint: stadia urbium esse *octavam partem milliarii, quam Hercules cucurrerit uno anhelitu*: testamenta in procinctu facta dici, *quod succincte fierent*: libripendem esse *æstimatorem*, & libram æneam *rem æstimatam, vel hæreditatem, quia hæc tamquam libra dividatur in duodecim uncias*: actionem Servianam esse *a servando* dictam, & innumera hujus generis alia, quæ ipso

Non sani esse hominis, non sanus juret Orestes.

Ne autem talia ex barbaro illo ævo & ex Accursii tantum ingenio profecta existimes, etiam post litterarum παλιγγενεσίαν haud pauca non multo meliora reperies in scriptis eorum, qui incredibilem sibi famam jurisprudentiæ studio pepererunt. Vix itaque est, quod Accursio succenseamus, quum & in melioris ævi commentariis, quorum auctorum nominibus nunc parco, legamus, Justinianum parte superioris Germaniæ subacta, Alemannici nomen adoptasse: leges Romanorum dividendas esse in consulares & decemvirales; Ædiles quosdam vocatos *curules*, quod *curam* sacrarum ædium gesserint: legem Fusiam Caniniam perlatam esse a quodam Fusio Caninio: filiosfamilias dici *in sacris paternis esse*, quia iis sancta esse debeat patris persona: *Deportare* esse, quasi extra *portam* civitatis dare; Claudium Imperatorem sanxisse, ut Coss. pupillis tutores *extra ordinem*, id est, non servato agnatorum proximorum ordine, darent: Imperatores dictos esse *Pios*, quod clericis admodum faverint: a consulibus nomina consequutas esse leges Hortensiam & Attiliam: Augustum triplicem libertinorum conditionem introduxisse: & quæ sunt hujus generis alia. Sexcenta enim his similia in commentariis Jurisconsultorum non proletariorum vel capite censorum, sed classicorum quoque animadverteres, si te eorum lectioni dederis. Hos vero an satis introductos ad hoc interpretandi munus accessisse credibile est? An non jure potius istis occlames:

Non tali auxilio, nec defensoribus istis
Tempus eget.

Quod deinde ad genuinam orationis sententiam attinet, eam non modo ex ipsis verbis, eorumque significatione, verum etiam ex conjunctis loco & tempore eruendam esse, ii omnes censent, qui sunt artis illius ἑρμηνευτικῆς paulo peritiores. Eo consilio olim Antistius Labeo, Jurisconsultorum suæ ætatis facile princeps, teste Gellio (a) *in Grammaticam sese & dialecticam, litterasque antiquas altioresque penetraverat, & Latinarum vocum origines percallens ea præcipue scientia ad enodandos plerosque juris laqueos utebatur*. Quum hodie libri nostri ex variis variorum fragmentis tamquam centones consuti sint, recte suspicati sunt viri quidam doctissimi, genuinam legum singularum speciem adsequi posse neminem, nisi qui comparatis inter se conjunctisque fragmentis, quæ ex eodem libro supersunt, omnibus, de quo juris capite ibi actum sit, in numerato habeat. Sane hujus mysterii indicium jam pridem fecerunt viri quidam doctissimi, ejusque usum post Anton. Augustinum, Jac. Cujacium, P. Fabrum singulari diatriba Jac. Labittus, exemplis autem illustrissimis Joann. Gœddeus & Jac. Gothofredus ostenderunt, viri sane in arte nostra summi,

Quos aget penna, metuente solvi,
Fama superstes.

Sed quotusquisque vel olim, vel hodie in tanta litterarum luce non infra JCti dignitatem esse putat, litteras illas attingere, quibus se plane immersit Labeo? Quotusquisque se tantis exemplis excitari passus est, ad illud fragmenta inter se comparandi artificium? Tantum sane abest, ut istud adhibuerint interpretes, ut plerique illud hodiernum alto supercilio despiciant, & per contemptum adnumerent revelationibus. (b) Permultum porro ad libros nostros intelligendos utilitatis adferre Græcos Interpretes, res ipsa docet, & præclare demonstrat Car. Hannib. Fabrottus. (c) *Equidem*, inquit Vir doctissimus, *non inficior, nævos esse quosdam & παροράματα in Græcorum commentariis, sed hæc fere leviuscula sunt præ iis, quæ verissime & diligentissime Græci nobis explanata reliquerunt. Et ut de ceteris taceam, quis nobis titulum de fideicommissariis hæreditatibus fidelius & doctius explicavit, quam Theophilus noster? quis titulum de litterarum obligatione & titulum* XII. *Institutionis tertiæ felicius enarravit, quam idem auctor gravissimus, ut appellat Cujacius, Interpretum facile præcipuus? Quis Latinorum, quæso te, Lector, Institutiones, hoc est, libellum aureum accuratius interpretatus est?* Et paucis interjectis: *Quantum profecerit Jac. Cujac. oculus jurisprudentiæ, legendis & enucleandis Græcorum commentariis, ignorare non potest, nisi qui peregrinus est in ejus scriptis. Quam multa præclara, neque in scholis juris decantata, neque in doctorum commentariis protrita, hinc hauserit, sciunt æqui & periti harum judices, iniqui vero & Græcæ linguæ nescii dissimulant, aut quod verius est, non vident; oculique eorum ad hunc solem suffunduntur*. Sed quotusquisque JCtorum hodiernum Græca hæc attingit? Quotusquisque ejusmodi libris vel locum in bibliotheca concedit, vel quidquam inde in usus suos depromit? Exstat commentarius in institutiones, satis tritus doctorum manibus, in quo ubi βασιλικῶν incidit mentio, auctor de iis non aliter loquitur, ac de opere sibi ignoto, ac jam-

(a) Gell. *Noct. Attic. lib.* XII. *cap.* 10. (b) Jan. Gothofred. *Præfat. Comm. ad Regul. jur.*
(c) Fabrott. *Apoll. pro Græcis*, edita cum *Exercitationibus* XII. Paris. 1639.

jampridem deperdito, & de quo nihil habeat, quod pro certo adfirmet, quam quod Basilica vocati sint libri, qui contineant leges ab Imperatoribus promulgatas & compositas. Alii, qui nihil ignorare videri volunt; Othonis Taboris exemplum sequuntur, & Græculos illos nugivendulos nihil ad nos pertinere, fabulisque meris indulgere clamant. Quam multa itaque fugisse oportet plerosque interpretes, qui hoc insigne præsidium nullo loco habuerunt, famæque suæ meruerunt, si tam magnum ac memorabile facinus ausi, ad illa Græcorum oracula proficiscerentur? Quid porro de veritatis dicam studio, quo nihil prius, nihilque antiquius esse debebat Interpreti? An tu illam feliciter repertam fuisse dicas veteribus, qui illam veritatem investigandi ratiocinandique artem sciebant cum ignarissimis? An a novis plus speres, qui Petri Rami dialecticæ innutriti, unum didicerant τὸ διχοτομεῖν, id est, artem egregiam, quinque digitos in duos ordines distinguendi? An tu porro veritatem quæres in eorum commentariis, qui id sibi negotii datum credebant, ut omnia superiorum placita labefactarent ac subverterent, & quasi clavum, sic opinionem opinione trahentes eo demum rem perducerent, ut jam non difficile videatur sententias, etiam absurdissimas mille JCtorum testimoniis stabilire? Observavit Franciscus Hotomannus, (a) celebrem illum Andream Tiraquellum sæpe in libris suis, quos citationibus auctorum instructissimos edidit, postquam consentientia centum aut plurium doctorum suffragia accumularit, hanc aut similem orationem subjungere: *Ut videas, amice Lector, nihil esse in jure nostro non ambiguum, & disputationibus ac controversiis involutum, volo tibi totidem, aut plures recensere, qui sunt in opinione prorsus contraria*, & sub hæc ingentem aliorum doctorum indicem pertexere, qui in alia omnia eant. Quid vero veritatis studioso utilitatis adferat illa discrepantium opinionum farrago, nisi ut perlecta illa idem sibi contingere videat, quod tribus consultis advocatis contigisse sibi queritur Demipho apud Terentium: (b)

Fecisti probe:

Incertior sum multo, quam dudum,

Accedit, quod quum inter omnes constet, veritatem non auctoritate doctorum, sed legum rationumque fundamentis niti; plerisque interpretantibus cura potior semper fuerit glossæ, quam recta ratio legum & auctoritas. Hinc ubique in libellis hujusmodi doctorum turmæ in aciem educuntur, manatque hoc exemplum in fora, in quibus certam præsumunt victoriam, seque jactant magnifice, qui pro se Sandium, Christinæum, VVesembecium, Schneidwinum, Carpzovium, Mevium, vades dederunt. Quasi vero verissimum sit, quod plurimis videtur, & non æque facile sit, alium glossatorum exercitum conscribere, qui priori opponatur. Jam quod proximum inter virtutes interpretis posui, ut ne in rebus ab arte sua alienissimis occupetur, quanti momenti sit, nemini dubium esse potest. Quis enim philosophum ferret, qui de virtute disputaturus, quædam de primis mundi elementis præmitteret, deinde accurate explicaret, quid sit glacies, hinc porro, quot sint conjugationes, quotque partes orationis, subtiliter disquireret, ac demum in rem præsentem veniens, an sit virtus, quid sit, & quotuplex, brevissimis verbis attingeret potius, quam explicaret? Mirarer sane, si qui hunc philosophum audiunt, non, ut olim Abderitani, Hippocratem quendam arcesserent, qui homini nimis inepte stulto, primum crebram ambulationem, ad hoc betæ malvæque esum, postremo vomitum præscribat, & ita perpurgatum mittat Anticyras. Ast ita tamen disputare solent quidam non infimi subsellii juris interpretes, qui explicaturi titulos Justiniani, primum quærunt an instrumentis notariorum præmittenda sit invocatio nominis divini? num & Imperatoris nomen & titulus universus? an eligi possit Imperator, nisi origine Germanus? talisne fuerit Carolus Magnus? an & Episcopum e gremio Ecclesiæ eligi oporteat? Hinc ad rem ipsam se accingentes disputant, fueritne Justinianus orthodoxus? an litteras norit? an & Latinam linguam percalluerit? unde triumphus nomen acceperit? an Imperator sit mundi dominus, provinciamque Romani Imperii alienare possit? Valetne ac rata sit donatio Constantini Magni? En egregiarum quæstionum farraginem, quibus enodatis, tunc demum intelligi a nobis existimant horribile istorum verborum secretum: *Imperator, Cæsar, Flavius Justinianus, Alemanicus, Gothicus, Francicus, Germanicus, Anticus, Alanicus, Vandalicus, Africanus, Pius, Felix, inclytus, victor ac triumphator semper augustus, cupidæ legum juventuti.* Si iidem explicanda justitiæ definitione occupati, anxie quærunt, unde juris nomen descendat? cur titulus inscribatur de justitia & jure, ac non potius de jure ac justitia? quæ a Justiniano definiatur? divina, an humana? universalis, an particularis? commutativa, an distributiva? quare JCti sint sacerdotes justitiæ? an detur casus pro amico? cur rectius dicatur voluntas suum cuique tribuendi, quam suum cuique tribuens? an JCtorum auctoritati cedere debeat auctoritas philosophorum? Tum egregia scilicet doctrinæ ubertas latet in definitione illa Justinianæa, tantæque molis est, explicare decem illa verba: *Justitia est constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*. Ludere quibusdam videbor, & quæstiunculas nihil ad rem pertinentes fingere, quæ nemini interpretum in mentem venerit. Sed venisse illas in mentem non illi Bartholi & Baldi soboli, sed JCtis, qui patrum nostraque memoria floruerunt, celeberrimis, ex ipsorum commentariis demonstrare in procivi esset, nisi vel suspicione aliis insultandi carere mallem. Ita vero leges interpretantibus, non difficile erit conjicere, quam nulla iis cura fuerit ordinis, quem semper sapientissimus quisque plurimi fecit. In tali enim quæstiuncularum sibi admodum dissimilium farragine non magis ordini locus est, quam in rudi indigestaque mole, ex qua hoc universum efformavit Deus. Unde vir elegantis ingenii, M. Antonius Muretus (c) de Glossatoribus disserens: *Qualem*, inquit, *nobis illi cujusque generis præceptorum farraginem reliquerunt: ut si quis rusticus hordeum, triticum, viciam, legumina, in unum acervum conferat, non illius acervum horum commentariis existimem perturbatiorem fore. Mihi quidem quum in eos inspicio, sæpissime Ovidiana illa de Chao in mentem veniunt.*

Quaque erat & tellus, illic & pontus & aer.

(a) Hotom. *Antitribonian. Cap.* XIV.

(b) Terent. *Phorm. Act.* II. *scen.* 4 *vers.* 18.

(c) Muret. *lib.* II. *Orat.* 17.

Non aliter enim apud hos, ubi servi causa de auctoritate magistratuum agitur, dicitur etiam aliquid de testamentis: ubi de emptione & venditione disseritur, aliquid de pœnis, aut de auctoritate tutorum inseritur. Nihil est denique, quod certam sedem ac domicilium habeat, nihil quod non alienissimo æque ac suo loco pertractatum reperiatur. Inde illæ crebræ ex uno in alium locum rejectiones, quum te, quod hic agendum ac tractandum erat, id jubeant ex alio petere, in quo tale quidquam agi, numquam, nisi admonitus, divinare potuisses. Prorsus, ut si quis paterfamilias vestem non in vestiario, sed in arca panaria conderet, panem ex puteo hauriret, pisces in nemore, lepores in piscina inclusos haberet. Apud Aristotelem primo Physicorum recensetur opinio veterum quorumdam, in quibus fuit & Anaxagoras; qui quidlibet in quolibet inesse dicebant, idque exprimebant hemistichio quodam, ut opinor Empedoclis, καὶ ἐν παντὶ μέμικται. Hoc an in Physicis vere dicatur, viderint, qui illa tractant: de talium certe Interpretum commentariis verissime dici potest. Hæc de glossatorum libris Muretus, quæ & in melioris ævi commentarios juridi[cos] plerosque cadere re ipsa deprehendent, qui illos inspexerint. Denique ultimam interpretis virtutem in sermonis puritate, ac perspicuitate positam esse diximus. At nescio an & hanc extra Cujacii scholam adeo multi Interpretes sint adsequuti. Quamvis enim depulsa vetere illa barbarie, purius scribere cœpissent viri docti; JCtorum tamen libros adeo infecit illud Accursii absinthium, ut si Papinianus in vitam rediret, nova ei addiscenda esset lingua, illos commentarios legere cupienti. JCtorum enim laudem se sustinere posse plerique dubitant, nisi lingua Jureconsultorum, id est, barbara utantur. Hinc ubique *summant, ampliant, subampliant, limitant, causant*; ubique *resolutiones legum* & clausulam illam utilissimam *rebus sic stantibus* & sexcenta hujus generis alia tamquam mellitos verborum globulos spargunt, quibus condimentis si aliquid salis adspergas, elegantissima nimirum illa Brocardica quæ vocant, veluti: *casus voluntatis comprehendit sub se casum impotentiæ: ab actionibus ab interesse libera nos, Domine; solus cum sola non præsumitur orare Pater noster*; & similia: tunc sane habebis verum venenum aqua Stygia dilutum, cujus halitu ipsæ bonæ mentes examinantur. Tales sunt plerique, qui tabernas rumpunt, jurisconsultorum commentarii. Iis itaque an magna utilitas per tot sæcula allata sit reipublicæ, & an non melius eorundem auctores operam in conficiendis indicibus Justiniani consilio collocassent, illi viderint, quorum non amant similes labra lactucas.

Quæ quum ita sint, singulari profecto ac præcipua laude digni videntur pauci illi, sed boni, quibus meliorem mentem indidit Deus, ut quæ in jure nostro sunt obscura, atque ambigua, felicius illustrare, ac distinguere conarentur. Quo in numero (quod ad Institutionum Interpretationem attinet,) præter Cujacium, Giphanium, Janum a Costa & quosdam alios, & ARNOLDUM VINNIUM Jureconsultum eximium, haud postremo loco ponendum arbitror. Sane ex quo me jurisprudentiæ dare cœpi, mihi ejus commentarius præ aliis placuit, & ad solidiorem doctrinam connitenti maximo fuit adjumento, ut postquam aliis jura interpretari jussus eram, nullum fere librum auditoribus meis obnixius commendandum judicarem, quam commentarium Vinnii, ex quo ipse fructum cœperam uberrimum. Vix enim ulla est boni Interpretis virtus, quæ non in Vinnio nostro eluxerit. Attulerat ad Jurisprudentiam ea præsidia, quæ paulo rariora sunt in nostri ordinis hominibus, puta, haud vulgarem Latinarum, Græcarumque litterarum facultatem, diffusam omnis ævi scriptorum lectionem, notitiam antiquitatum haud mediocrem, tantum denique ingenii, ac judicii acumen, ut nec vulgaribus pragmaticorum sententiis, ipsique Triboniano esset addictus, nec Cujacium, Ant. Fabrum, Reiner. Bachovium, aliosque, ubi novi quid inferunt in artem, cæco impetu sequeretur, sed legum, rationumque pondera ubique cura expenderet, nulliusque auctoritate se pateretur in transversum agi. Deinde id quod habet Vinnius noster, ut genuinam Justiniani sententiam ubique cum cura investiget, neque eum pudeat ex Philologiæ latifundis petere, quibus Jurisprudentiam locupletaret. Et quamvis mysterium istud, atque artificium leges ex eodem libro depromtas comparandi conjungendique facilius in Pandectis & Codice, quam in Institutionibus, usum suum exserat: nihil tamen reliqui fecit, ut, ex quibus auctoribus vel fragmentis singuli paragraphi descripti sint, & quomodo illi a suis auctoritatibus discrepent, quantum fieri potest, ostenderet, non ut haberet, ob quod insultaret Triboniano, (in quo mustaceo multi hodie quærunt laureolam,) sed ut rationem ejus mutationis redderet candide. Laudanda quoque est Vinni nostri opera, quam in conferenda Theophili paraphrasi posuit, sane quam utilissima. Quamvis enim plerisque vapulet hic Theophilus, & aliquando ab iis quoque, qui eum numquam evolverunt, exagitetur; permultum tamen lucis eum fœnerare Institutionibus, Car. Hannibal Fabrottus, cujus verba quædam supra dedimus, pridem evicit. Et sane non hic nobis res est cum Theophilitas quodam quem aliqui verbis quibusdam Cujacii (a) decepti Accursio faciunt juniorem, sed cum Theophilo, viro illustri, & Antecessore, cujus opera ipse Justinianus in conficiendis Institutionibus usus est. Hunc ipsum enim esse illum paraphrasten, multis argumentis constat. Primo Theophilum Triboniani συνεργὸν, Antecessoris munere Constantinopoli functum novimus (b). Antecessorem autem etiam paraphrasten fuisse, inde adparet, quod in codicibus vetustis singulis libris illa subnectuntur: ἐπληρώθη ἡ α΄ κτλ. Ἰνστιτουτίων Θεοφίλου ἀντικήνσωρος *felicitér*. Eumdem deinde Constantinopoli vixisse, inde patet, quod ubicumque ejus facit mentionem, eam vocat ταύτην τὴν πόλιν, vel ταύτην τὴν βασιλεύουσαν πόλιν, *hanc regiam urbem*, vel *hanc regiam urbem* (c) uti solent, qui urbis, in qua vivunt, meminerunt: Deinde, cum Theophilus Antecessor Justiniani temporibus floruerit, ejusdem ætatis esse paraphrasten nostrum, res ipsa docet. Quemadmodum enim omnes, qui Justinianum antecesserunt, Imperatores Christianos ita describit, ut eos inter homines non amplius fuisse, statim adpareat, veluti ubi meminit Ζήνωνος τῆς θείας λήξεως (d), itemque τῆς θείας λήξεως Ἰουστίνου (e), ita Justinianus ipsi semper

est

(a) Cujac. *Recit. ad tit. Inst. de action. de satisd.* (b) Const. *Tanta* §. 9. *de conf. Digest.*
(c) Theoph. §. 7. *Inst.* (d) Theoph. §. 34. *Inst. de act. de don.* §. 7. *quib. al. licet* §. 7. *proœm.*
(e) Theoph. §. §. 3. *de donat.*

est θειότατος, ἡμῶν δεσπότης, ὁ μέγιστος βασιλεὺς, εὐσεβέστατος ἡμῶν βασιλεὺς, ὁ ἡμερώτατος ἡμῶν βασιλεὺς, *Dominus noster*, *Imperator noster*, *Imperator noster piissimus*, *clementissimus noster Imperator*, *sacratissimus* Theodoram τὴν εὐσεβεστάτην δέσποιναν, *piissimam dominam nostram* (b), & constitutionem Justinianæam διάταξιν τὴν ἔναγχος ἐξενεχθεῖσαν, *constitutionem nuper promulgatam* (c) adpellat. Quæ sane omnia non sunt verba de principe dudum fatis functo disserentis. Accedit, quod Theophilus sæpe paraphrasi suæ intexit formulas antiquas & ritus veteris jurisprudentiæ proprios, quos quum judice Fabrotto (d) non aliunde, quam ex Caji, Ulpiani, aliisque veterum Jurisconsultorum libris, depromere potuerit, satis profecto manifestum est, eum ante commune istud illorum librorum naufragium vixisse, versatissimumque fuisse in istorum operum lectione. Quod denuo non in Theophilitzem quemdam Græcum novum, sed in celeberrimum illum ... Constantinopolitanæ Antecessorem, Theophilum cadit. Denique, quod palmarium esse, vir eruditissimus, & collega olim conjunctissimus, Nicolaus Hieronymus Gundlingius (e) observavit, Theophili nostri paraphrasin jam Thalæleus laudavit, & ille quidem quem cum Triboniano, Theophilo aliisque Pandectas composuisse, easque postea κατὰ πόδας vertisse novimus. Quod cum & Fabrottus (f) viderit, mirum sane est, visum ipsum doctissimum Theophilum Justiniano non quidem multo juniorem, a Theophilo tamen Pandectarum & Institutionum architecto diversum credidisse, quasi ipse paraphrastes ætatem suam non multis iisque luculentissimis prodiderit indiciis. Quod si itaque Theophilus noster fuit Justiniano σύγχρονος, ceu hactenus mihi videor demonstrasse; gratissimum procul dubio cupidæ legum juventuti fecit Vinnius, quod eum diligenter consuluerit, & inde textum Institutionum vel stabiliverit, vel explicarit. Nec minus laudandum videtur singulare veritatis studium, quod idem ubique præ se tulit, dum manum ad scribendum adpulit. Rationibus enim solidis legumque auctoritate munivit omnia, quæ docuit, nec in ullius juravit verba magistri. Tantum etiam abest, ut more glossatorum quævis convellere ac in dubium vocare studuerit vir doctissimus, ut plerasque istas lites erudite finiverit, & plerumque optimam maximeque legibus consentaneam elegerit opinionem, eamque ita firmarit, ut aliquando & invitos in sententiam suam pertrahere videatur. Ordo porro, quo utitur, ipsi rei quam maxime convenit. Textum explicat accurate, scrupulos, quos injici lectori posse prævidet, cum cura eximit: ipsam doctrinam, quæ quovis loco proponitur, egregie illustrat, nec dissimulat, quæ vel novis Justiniani constitutionibus vel desuetudine & moribus patriis mutata aliter in foro observantur. Nullos hic videbis excessus, ad rem nihil pertinentes, nullas quæstiones otiosas & intempestivas deprehendes: nec hic observabit a Vinnio, tamquam a coquo Plautino, diversa jura confundi. Nam ubique jus Romanum a moribus patriis accurate sejungit, & nihil facit reliqui, ut utriusque principia a lectore suo intelligantur. Denique & oratione utitur, non quidem calamistris intorta, sed pura tamen, & satis plerumque Latina, ut saltim non adfectasse videatur illam barbariem, qua plerosque Jurisconsultos commentarios suos inquinasse diximus. Quo gratior mihi fuit opera, quam a me vir integerrimus, novam hanc editionem meditatus, flagitavit. Quum enim intelligeret, me quædam margini exemplaris mei, ut fieri solet, adnotasse; non dubitavit a me petere, darem operam, ut Vinnii commentarius & nitidior & emendatior prodiret. Et sane nihil, quod mearum erat partium, prætermisissem, si paulo plus temporis ad eam rem fuisset concessum. Quantum tamen a me præstitum putem, paucis accipe. Primo totum commentarium & relegi & recensui, & quidem ita, ut non modo aliquot millena sphalmata quæ in priorem editionem irrepserant, sustulerim, sed & interpunctiones, antea vitiosissimas, vel plane omissas, restituerim diligenter. Deinde Auctores, quos laudat Vinnius, plerosque evolvi, & ubi ipse solum librum expresserat, ego capita etiam & aliquando paginas adjeci, ne Lectori loca illa evoluturo illud quærendi tædium esset devorandum. Præterea notulas quasdam seu additiones, quas a Vinnianis primis nominis mei litteris, HEIN. distinxi, passim insertas animadvertes. Eas quum jam olim exemplaris mei margini allegissem, ideo edi passus sum, quia quarumdam me ne nunc quidem pœnitet. Sunt eæ non unius generis. Quædam illa, quæ a Vinnio non adeo plene traduntur, supplent: aliæ non satis accurate posita emendant; sunt etiam, quæ quasdam conjecturas de legibus a Vinnio vel emandatis vel explicatis proponunt, Lectorisque judicio submittunt. Non existimo futurum, ut mihi id auso quisquam succenseat. Quæ enim injuria est, alieno libro adspergere notulas? Et quid facilius erit Lectori, cui mea haud placebunt, quam breves illas stricturas prætermittere, maxime quum & paucæ sint, nec adeo multis paginis librum reddant auctiorem? Si qua in re stylus lapsus sit, id in meliorem partem interpretabuntur, quibus aliquis candor inest, quum festinantibus operis pagellæ inter alias occupationes & in medio luctu domestico, descriptæ & sæpe vix relectæ Lugdunum transmittendæ fuerint. Emendationi præfuit ipse, qui sumptus fecit, vir integerrimus. Quumque is & ob solertiam & ob linguæ intelligentiam par omnino sit huic operi, & jam plura ejus dexteritatis dederit documenta, res ipsa jam quoque ostendet, verissimum esse, quod scripsit poeta: (g)

Dominum videre plurimum in rebus suis.

Tu, Lector, fruere editione, omnibus anterioribus, si quid video, meliore, milisque, Tua causa omnia volenti, fave, & ex voto. Vale. Francqueræ Frisiorum x. Kal. Mart. CIϽ IϽ CCXXVI.

Elu-

(a) Theoph. §. 1. *de usucap.* §. 3. *de non.* §. 7. *quib. al. licet* §. 7. *proœm.*
(b) Theoph. §. *ult. Inst. de usuc.* (c) Theoph. §. *ult. Inst. de usuc.*
(d) Fabrott. *Præfat.* ad Theoph. *Inst.* (e) Gundlingian. *Part.* II. *Observ.* II.
(f) Fabrott. *ibid.* (g) Phædr. *lib.* II. *fab.* 7. *v.* 29.

Illustrissimis ac Potentissimis

HOLLANDIÆ ET VVEST-FRISLÆ ORDINIBUS, PATRIÆ PATRIBUS,

ARNOLDUS VINNIUS L. M.

Dedicat Consecratque.

QUO primum tempore Jus civile publice profiteri, atque in celeberrima Academia vestra, Illustrissimi & Potentissimi Domini, libros Institutionum a Sacratissimo Principe Flavio Justiniano compositos interpretari cœpi, simul commentario aliquo eosdem libros illustrare institui, non opulento, aut accurato, sed qualiquali; utpote quem privato potissimum usui destinabam; & inhærebat tum animo meo hæc opinio, libros istos non usque adeo obscuros esse, ut operosæ alicujus explicationis lucem desiderarent. Verum ubi rem aggressus sum, & me accingi, statim sensi, majus quiddam esse, quod inceptabam, quam opinatus eram, neque tralatitia commentatione me posse defungi. Deceperat me auctoritas Jacobi Cujacii, clarissimi superioris ævi Jurisconsulti, qui in Observationibus suis de libris Juris nostri disserens, illos Institutionum tam planos & faciles sibi videri pronunciat, ut vix ullo Interprete, aut utique nulla longiore Interpretatione indigeant: in tantum, ut non vereatur damnare, tamquam ignobile otium, quicquid laboris in iis paulo prolixius explicandis ab hominibus nostri ordinis impensum est. Cæterum experimento didici, longe aliter se rem habere, fallacemque interdum esse etiam præstantissimorum virorum auctoritatem. Existimo autem, Cujacium (ut de summi viri judicio nihil amplius in præsentia dicam) ex sua potius facultate, quam ex vero rem æstimavisse. Nam profecto, si ex veritate eam æstimare volumus, nulla potest esse juris Justinianici pars, quæ Interpretem magis desideret, quam ea, in qua omnia prope unde tradita sunt, & delibata duntaxat, non exposita. Quantulum enim est, quod illic reperias, de quo non dubites, aut quod cognoscere cupienti non ad quærendum & cognoscendum relinquatur? Equidem scio, non eo magis nostram hanc operam a vellicatione tutam fore. Rem toties nunc actam ago, & quidem post tot Roscios, id est, post tot doctos Interpretes, a quibus omnia, quæ ad hujus partis illustrationem afferri queant, jam pridem occupata, exhausta & consumpta esse dicentur: & jam nunc audire mihi videor hanc multorum vocem. *Cui non dictus Hylas puer?* &c. Sed ego virilitigatorum istiusmodi vanos morsus susque deque habeo; & quidni liceat his reponere illud præstantissimi Medicorum, [illegible]? Plane enim quod ad Interpretes attinet, etiam prolixiores eorum, quos damnaret Cujacius, multa passim aut non tangunt omnino, aut cursim transmittunt, quorum tamen justa explicatio ad rei, de qua agitur, naturam intelligendam prorsus necessaria est. Ad hæc mihi curiose in omnia inquirenti non paucæ obortæ sunt difficultates, ab aliis, quos quidem videre mihi contigit, non animadversæ, aut minus feliciter expeditæ, aut consulto præteritæ, quas omnes & removendas putavi, & pro meo captu removere conatus sum: dumque singula ad vivum reseco (sunt autem sexcenta hujusmodi) in majorem etiam, quam ipsemet cogitaveram, molem hoc Opus excrevit; & eo quidem majorem, quo diligentius pleniusque & planius, quam quisquam antehac, cuncta tandem bona fide evolvi, excussi, & pertractavi. Accidit enim idem mihi, quod olim Eleusinam visentibus: nam ut illa semper aliquid servare solebat, quod revisentibus ostenderet; ita quotiescumque ad horum librorum mysteria perscrutanda accessi, semper aliquid observavi, quod nec ab aliis, nec a me ipso visum aut perceptum prius fuerat. Jam rumor nonnullus de hoc commentario nostro perrepserat, & hortari cœperant amici, atque insistere, ut publici eum juris lucisque facerem, rati, fructum hujus laboris ad alios quoque pertinere, & in primis studiosam Legum Juventutem. Itaque ut primum Pandectarum Interpretatio mihi mandata fuit, de vulgando eo cogitare cœpi, & quo comitatior exiret, adjunxi etiam Patriæ nostræ jura propria, aliarumque regionum peculiaria instituta, & cætera quæ nunc passim usu judiciorum certo recepta sunt, ab illo scripto Romanorum jure longe discrepantia: qua quidem ex re non parum præsidii, constantiæque & judicii statim capere poterunt, qui mox in foro atque inter causarum discrimina versabuntur. Ita dum urceum instituo, currente rota exiit amphora, id est, pro exili & qualicumque commentario, accuratus & bene saginatus, pro simplici geminus, Academicus & Practicus sive Forensis: quorum in altero cæteros omnes elegantia & doctrinæ varietate superare studui, in altero ubertate utilitatis. In eo autem totus pene fui, ut excitata in legentibus veneratione antiquitatis, simul animis eorum instillarem desiderium atque amorem sapientiæ, justæque & solidæ cujusdam eruditionis, quod vel unum si assecutus fuero, operæ curæque pretium ponam. Cæterum cum primum hunc ingenii nostri partum in lucem emittere constituissem, simul futurum speravi, ut vos, Illustrissimi & Potentissimi Domini, cum in vestræ Amplitudinis tutelam suscipere non gravaremini: atque idem nunc etiam futurum spero, votoque & cogitatione præsumo. In Academia vestra satus, fotus, atque editus est, nec est adeo informis. Qui primi vultum ejus cominus contemplati sunt, etiam nescio quid de lepore ac venustate ejus submurmurant; & quantum ex indole conjiciunt, commodis Juventutis natum ajunt, præsertim

hoc

hoc ſæculo, quo queruntur, ſenſim nobis obrepere barbariem, poſtquam prima & rudis adhuc ætas, neſcio quo præpoſtero impulſu, ſtatim atque a trivialis ſcientiæ magiſtris dimiſſa eſt, in Juris civilis ſtudia cogitationes ſuas protudere cœpit, nulloque aut rerum aut litterarum inſtructa præſidio Juriſprudentiam, quæ ſcientiarum omnium maxima eſt, tamquam ſordidum aliquod artificium addiſceret. Ita dum vetus diſciplina turbatur, & calentibus turbatorum animis primum eſſe incidit, quod eſt maximum, una nunc vertigine Quiritem fieri, momentoque turbinis tot Damas exire Marcos. Sed hæc querimonia, quamvis juſta, non eſt loci. Sane fœtus hic noſter multis, iiſque magnis & non vulgari eruditione [illegible] eſt non indignus, quem pateremini ſub auſpicatiſſimo veſtri Nominis ſplendore in publicum prodire, atque in manus pervenire doctorum & doctrinam expetentium hominum: quo etiam voto nunc eum ſumma cum animi ſubmiſſione vobis offero dedicoque. Scribit Uldaricus Zaſius, primarium togæ & ſæculi decus, eos, qui Jus civile excolunt & ſcriptis illuſtrant, lucubrationes ſuas recte riteque, & quaſi quodam præcipue titulo, dedicare Principi; propterea quod ab eo, tamquam a fonte, leges omnes & jura emanant. Qua ratione etiam mihi fas eſſe exiſtimavi, noſtras haſce ejuſdem generis vigilias & meditationes iis conſecrare, qui vicem Principis in Republica ſuſtinent. Neque vero id novo magis more, quam veterum inſtituto facimus, qui ea, quæ de jure civili compoſuerant, Populo, penes quem ſumma rei erat, tradiderunt: ſicut Sextum Ælium, clariſſimum atque ampliſſimum virum, feciſſe legimus, & ante eum Cneum Flavium, Scribam Appii Claudii, unius e Decemviris, & cujus maximum conſilium in Duodecim Tabulis ſcribendis fuit, atque hæc munera Populo gratiſſima fuiſſe. Nec dubito, quin Sextus Papyrius leges, quas ſine ordine a Regibus latas in unum compoſuit, Tarquinio Regi obtulerit, apud quem ſummo in honore eum fuiſſe Pomponius indicat in hiſtoria de Origine Juris. Quibus ego argumentis in ſpem magnam adducor, fore, ut & vos, Illuſtriſſimi & Potentiſſimi Domini, ea, quæ hic vobis offero, benigne accepturi ſitis, auctorumque ea proſecuturi benevolentia, qua & Principes hæc ſtudia complecti, & populus fovere ſolent. Valete, Viri Bataviæ principes, & ſi quid vobis poſſum, diu quam feliciſſime Rempublicam gerite. Ex muſeo noſtro pridie Kalendas Martias cIↃIↃccxlii.



JACO-

JACOBI GOTHOFREDI JCTI HISTORIA ET BIBLIOTHECA JURIS CIVILIS ROMANI.

HISTORIA, SEU PROCESSUS JURIS CIVILIS ROMANI.

JURISPRUDENTIÆ Romanæ (quæ ſeſe apud omnes pene gentes, qua Europa porrigitur, ceu fontem boni & æqui, jam dudum commendavit) operaturo, ante omnia ejus initia, & proceſſum, id eſt a quibuſnam carceribus ad quos metas, per quos paulatim gradus & tramites decurrerit, ſervata temporum lege, noſſe oportet; quod Pomponius *in leg. 2. ff. de orig. jur.* attigit magis, quam expoſuit. Duplici fine: ut ita nempe juris ſtudioſus noverit, ex quibus juris partibus, & ex quorum ſcriptis coaluerit, ſeu coagmentatum ſit corpus illud *Juris Civilis*, quod Juſtinianum habet auctorem, quodque Juriſprudentiæ fundus hodie eſt; tum etiam, ut hac hiſtoriæ & Chronologiæ ſecula accenſa eo certius & felicius in pleriſque pedem de cætero figere liceat. ¶. Igitur, ut cæteroquin in Republic. ſtatum comparata eſt omnis Nomothesia, & vero triplicem Republic. Roman. ſtatum, ſeu tres ætates ſpectare licet, ita per eas nobis & ſingulas ducenda hæc inquiſitio erit, quantum juris tyroni ſufficit, neque ultra.

CAPUT I.

De Juriſprudentia REGIORUM *Temporum*.

PRima ætas, ſeu primus Reipubl. Roman. Status, Regius fuit, cujus initium conſurgit a 750. ferme ante Chriſtum annis; per ſeptem Reges ducta ſerie, ſpatio ducentorum 44. annorum. Igitur, ut initio Civitatis omnia manu Regum gubernabantur, ita ab his paulatim leges variæ latæ, unde hæ Leges *Regiæ* dictæ. Ita tamen, ut Reges harum legum apud populum auctores eſſent: populus ipſe in triginta partes ſeu Curias, mox & in Centurias diviſus, eas probaret; ſanciret; Unde *Curiatis & Centuriatis* legibus nomen. Eas leges omnes illis jam temporibus unum in corpus compegerat Sextus Papyrius, a quo Collectio illa jus *Civile Papyrianum* audit. Exinde poſtea leges aliquot in duodecim tabulas transfuſæ: quinimmo aliquam adhuc etiam ex his memorat Marcellus *in leg. 2. ff. de mortuo infr.* De quibus dicam aliquid adhuc in Bibliotheca juris Romani.

CAPUT II.

De Juriſprudentia Romana ſub LIBERA REPUBLICA.

SEcunda ætas, ſeu ſecundus Reipubl. Roman. ſtatus popularis fuit, liberæ Reipubl. ducta ſerie per 500. circiter annos, ad Auguſt. Imperatorem. Hujus vero ætatis, quod Juriſprudentiam attinet, tres Epochas, tria momenta conſtituo: puta ἀνομίας, ἰσονομίας, εὐνομίας.

Prima, inquam, Epocha liberæ Reipubl. Roman. intra *ſpatium* ſexaginta annorum eſt ἀνομίας, ſeu incerti juris. Poſt Reges quippe exactos, ſimul & cum his legibus eorum abolitis, ne qua videlicet Regiæ poteſtatis umbra ſupereſſet, exceptis legg. Servii de Contractibus, quæ paulo ante a Tarquinio Superbo abolitæ, nunc in uſum revocatæ, a Coſſ. & Tribunis leges de ſtatu quidem publico, & Reipubl. ad populum perlatæ. Etenim ipſe populus Roman. in privatis controverſiis incerto magis juris & conſuetudine, quam per latam legem egit. Coſſ. videlicet Patriciis, & potentioribus pro arbitrio ſuo, nullo ſatis legum præſcripto, jura reddentibus, & pauciſſimis tantum legibus in Pontificum libros relatis: unde ſeditionum & diſcordiarum ſæpe materies enata.

Secunda ita mox ſtatus Popularis Epocha ſecuta: ἰσονομίας ſcilicet & ἰσηγορία in æqualibus Juris conſtituti, & fundatæ legibus Reipubl. Nempe, cum aliquot jam ante annis frequens mentio a Tribunis plebis mota, immo rogatio lata fuiſſet, *de legibus ſcribendis*, tandem A. U. C. 300. agente Romilio, vicit ea ſententia, & quidem vitandæ invidiæ, ut leges ἐπείσακτοι (id eſt adventitiæ vel extraneæ) æquabiles a Græcis peterentur: & ſexennium ferme integrum ea de re abſumptum. Miſſi quippe tres legati ad Græcos, qui triennio poſt reverſi: At anno proximo creati Decemviri, legibus ſcribendis, in his Appius Claudius & Romilius fuere, & præſcriptæ primum ab his decem Tabulæ, accitis & derivatis in eas quæ uſpiam egregia apud Græcos erant, idque opera Hermodori cujuſdam Græci Interpretis. Sed & anno proximo C. U. 302. tabulæ ſuperioribus 10. (aſſumptis nonnullis veluti ſurculis ex Regiis legibus, tandem & traductis quibuſdam ex veteri jure & moribus ſuis ἐκ τῶν ἐθίμων ἀγράφων) additæ ſupplementi vice. Sic tandem (anno U. C. 303. poſt Reges exactos annis 60. ante Chriſtum natum annis 440.) duodecim Tabulæ in æs inciſæ publi-

bilceque propositæ fuerunt. Hic fundus jam & fundamentum & penu totius Juris Rom. deinceps fuit, finis Juris æqui, fonsque omnis publici privatique Juris. Quare ob legum istarum fontes & capita, non veritus Cicer. hunc duodecim Tab. libellum omnium Philosophorum Bibliothecis, auctoritatis pondere, & virilitatis ubertate, præferre: Tandem & evaserunt in carmen solemne, sic ut foro olim destinati a pueris, hoc velut carmen addiscerent. Atque hæ sunt duodecim illæ Tabulæ, quarum ut frequentissima in jure mentio fit, ita varia subinde jura inde derivata ad *ἐπιμίαν*.

Tertium igitur, seu postremum exinde status popularis momentum sequitur, *ἐπιμίαν* videlicet post leges duodecim Tabularum semel latas, per annos ferme 440. Id est, posteaquam fundata semel Respubl. Rom. legibus fuit, validum juris augmentum & incrementum accepit. Cujus causas fontesque sex in universum reperio.

I. *Prima* est *disputatio fori*, id est Prudentum interpretatio ad legem duodecim Tabul. nam quia non omnia propalam his legibus comprehensa fuerant, neque comprehendi potuerant, interpretatione Prudentum aliud subinde ex alio consequens exinde elicitum, quod videlicet ad eandem utilitatem tenderet: & ad similia procedendo, tritura quadam & exercitatione forensi, sine scripto ullo in morem & usum transeuntibus. Unde jus illud *moribus* introductum dicitur, vel etiam proprio vocabulo *Jus Civile*. Sic species hæc juris ex duodecim Tabul. fluxit:

II. Secunda species & occasio fuerunt *Legis actiones*, quæ ex lege duodecim Tabul. proficiscebantur. Nempe de iis, quæ a lege comprehensa erant, certæ & statæ quædam formulæ a Prudentibus compositæ fuerunt, quibus inter se homines disceptarent, eæque in usum forensem deductæ: unde *legis actiones* dictæ, quæ hodie *styli* appellatione merentur: easque a collegio Pontificum peti tum oportebat. Verum 100. ferme post annis ab Appio Claudio Centumano in formam & librum redactas legis actiones, scriba ejus Cneus Flavius *evulgavit*, & toti foro exposuit: ac gratissimum id munus populo visum, magnoque pensatum. Inde pars hæc juris, *Jus civile Flavianum* dictum est. Sed enim adauctum mox a Sexto Ælio, qui Tripartita ideo scripsit: ibi quippe ipsa lege duodecim Tabul. proposita, interpretationem primum, mox & legis actionem subtexuit, atque inde *Jus Ælianum* dictum.

III. Tertium incrementum sunt *Leges singulares*, subindeque novæ a populo pro Reipubl. necessitate latæ; quarum ut frequentissima tum in jure, tum alibi mentio: ita collectæ hodie in unum Clarorum Virorum opera, de quo in Bibliotheca juris.

IV. *Plebiscita* quoque a plebe sola quamplurima lata, sed quæ pro legibus habita, sic ut omnes cives ea tenerent, ex lege Hortensia; immo & in legum nomen transiere. Exemplo potest esse lex Aquilia.

V. Per *Prætores* quoque, 80. & quod excurrit, post duodecim Tabularum, annis, institutos, penes quos summum in jure dicendo inter privatos imperium esset, quinque Juris Civilis custodies essent, evocatis jam belli causa COSS. non minimum Jurisprudentia profecit. Nam etsi ab initio annua tantum essent eorum Edicta (prout etiam annus eorum erat Magistratus), quæ scilicet initio Magistratus sui in albo publice proponebant, ut ita sciret populus qua de re quomodo in anno suo jus dicturi essent: Attamen, cum ea edicta ab æquitate commendarentur quamplurima: vice versa, cum momentaneis & arbitrariis hujusmodi edictis ambitiosorum Prætorum gratiæ multum liceret, Lex Cornelia 300. post annis, A. U. C. 686. a Tribuno plebis rogata, ut Prætores ex edictis suis perpetuis jus dicerent: Inde Servius JC. (15. annis ferme post, ante Christum natum 50.) duos libros ad Edictum subscriptos brevissime reliquit. Eum excepit discipulus Ofilius, qui primus edictum Prætoris diligenter composuit, circa Julii, ac Augusti tempora. Quare Cic. jam illis temporibus cum scribebat, ut olim a duodecim Tab. ita nunc a Prætoris edicto Juri operam daturos initiandos fuisse.

VI. *Jurisconsultorum* etiam scientia quamplurimum jurisprudentia profecit: non modo publica professione, qualem primus inchoasse memoratur circa A. U. C. 500. Tiberius Coruncanus: verum ac potissimum scriptis eorum, seu rescriptis & responsis: scriptis, inquam, quibus tum regulis & actionibus forensibus conquisitis, collectis, Jus civile fundare & constituere nisi sunt: quinimmo formulas subinde novas induxere, superiorumque scripta notis suis in melius perduxere: rescriptis, seu responsis, ad consultationes videlicet Judicum & aliorum: Quæ tanti visa, ut ab his vix judices recederent; & licet vim legis ipso jure non obtinerent, ipsa tamen æquitate & necessitate commendabilia passim ostentarentur.

In tantum denique per hos gradus profecit hac ætate Jurisprudentia, ut mole sua laborare videretur. Ende jam tum consilium Crasso, Pom. Tullio, Cæsari, *de Jure civili in artem & ad certum modum redigendo*, & in paucissimos libros ex immensa diffusaque legum copia conferendo.

CAPUT III.

De Jurisprudentia sub IMPERATORIBUS.

POstrema ætas Reipub. Rom. successit Monarchiæ Rom. Hoc sane tempestate, etsi Imperatorum constitutionibus potissimum profecerit Jurisprudentia, attamen & aliis rationibus ex eorumdem Principum auctoritate maximum incrementum ea cepit.

Nam ut maxime posteaquam post Principis Imperium res jusque populi omne venit, atque adeo & juris constituendi potestas ad Principes transiit: ultro tamen nonnullas alias juris constituendi vias Principes probarunt, & juris vim iisdem tribuerunt.

Primum enim inter initia principatus *Leges* adhuc complures a populo, veteri ritu, Augusto auctore tantum, non Julio latas, deprehendere licet, (unde *Juliis* legibus tot nomen), Comitiis de Campo Martio ad Patres nondum translatis, quod a Tiberio demum factum. Ita veteris libertatis instar, umbraque & simulacrum quoddam ab Augusto relictum, a Tiberio ademptum, ne alioquin vis principatus (ut ejus verba erant) resolveretur: *Cujus ea conditio est, ut non aliter ratio constet, quam si uni reddatur*.

Secundo, *Senatui* quoque postea auctoritatis umbra seu simulacrum aliquod hac parte in jure privato constituendo relictum. Nam quæ Principes de jure privato constituturi essent, Orationibus in Senatu prius com. plectebantur, de his censendi arbitrio Senatui relicto; eas

eas deinde Orationes Senatusconsultum sequebatur. Quare, quod uno loco Orationes introductum dicitur, id alibi Senatusconsulto tribuitur. Ideoque Principes ipsi horum auctores dicti. Atque hæc sunt illa *Senatusconsulta*, quorum tam multa mentio in jure. Quæ sane observare est, ibi incipere, ubi Leges desinunt, idest a Tiberii principatu: desinere vero, seu procurrere ad Marcum Imper. usque. Ultra quem nulla amplius Senatusconsultorum de jure privato conditorum mentio occurrit.

Tertio & *Jurisconsultorum* scientiæ successit & quædam auctoritas: In tantum, ut & Jurisconsulti ex Principis jam inde ab Augusto auctoritate, non ut antea privata, publice responderent, & rursus scripto, non verbo: atque ita major juris hujus auctoritas facta fuerit. Addatur his magna Jurisconsultorum frequentia circumfusos Principes, ex quorum ipsi consilio jura dicebant, condebant, ut non plures, aut potiores Prudentes alia ætas tulerit, quam hujus ætatis prima Epocha. In tantum, ut quorumdam tandem scriptis, vim *lectionis* (ut loquebantur), id est auctoritatem allegationis in judiciis, vimque legis Principes tribuerint.

Veniat quarto loco, & in hunc censum *Edictum perpetuum*: nam cum edicta Prætorum ante incerta forent, ad ultimum, centum & quod excurrit post Ofilium annis, 15. Hadriani Imper. anno, ejusque jussu circa A. D. 102. Edictum perpetuum a Juliano JC. ordinatum fuit: non modo Prætorum edictis compilatis, & in ordinem ac titulos coactis: verum & de suo aliquam multis additis, aliis detractis, immutatis. Et opus hoc adeo probatum fuit, ut antiquata jam lege duodecim Tabul. in quam plurimis, hæc major & potior jurisprudent. pars extiterit; Hicque jam fundus ejus habitus; eoque velut æquissimo jure Imperatores uti voluerint: atque exinde jam dimidia ferme pars sententiarum in Pandectas relatarum, constet.

Extra hæc quatuor, quæ dixi (puta *Leges* nonnullas, Senatusconsulta, Jurisconsultorum Scripta, & Responsa, & Edictum Perpetuum), potissimam Jurisprudentiæ partem sub hoc statu monarchico Principum Constitutiones facere: sive ipsi inter partes cognoscerent, decernerent, unde *Decreta & cognitiones* Imperatoriæ: sive ad libellos privatorum & consultationes Magistratuum rescriberent, unde *Rescripta* Principum; sive generale Jus publice constituerent & edicerent, unde *Constitutiones* proprie & *Edicta* Principum: sive Jurisconsultorum dissensiones deciderent unde *Decisiones*: Ejusmodi sunt 50. Justiniani.

CAPUT IV.

De Prima EPOCHA *Imperatorum*.

TRes porro Epochas status hujusce monarchici constituto. Prima est *Gentilium* Imperatorum, per trecentos 50. circiter annos, ab Augusto Imp. ad Constantini Magni initia, seu A.D. 306. usque: quibus post Augustum imperarunt Tiberius, Cajus, Claudius, Nero, Vespasianus, Titus, Domitianus, Nerva, Trajanus, Adrianus, Antoninus Pius, D. Fratres (idest M. Antoninus Philosophus & Verus), Marcus solus, Marcus cum Antonino (idest Commodo filio suo), Commodus, Pertinax, Severus, & Antoninus, F. Antoninus, Caracalla, scilicet Antoninus Heliogabalus, Alexander Severus, Maximinus, Gordianus; Philippi Impp. Decius, Gallus, & Volusianus, Valerianus, Galienus, & Valerianus, Cæsar, Gallienus, & Valerianus Claudies, Aurelianus, Probus, Carus, & Carinus, & Numerianus: Diocletianus, & Maximianus: Constantinus, Maximianus Augusti, & Severus ac Maximianus Cæsares. Ab his omnibus, ut variæ constitutiones processerunt, quarum mentio passim fit tum apud Historicos, tum in scriptis Jurisconsultorum, & in Principum posteriorum constitutionibus, ita sequentium nominatim, jam inde ab Hadriano, Principum constitutiones in duos Codices Gregorianum, & Hermogenianum (quorum fragmenta quædam hodiedum extant) per titulos conjectæ fuerunt: privatane an publica auctoritate conditi fuerint, in incerto est: At proculdubio de Compilatorum nomine ita dicti. Neque de illo satis hactenus constat, cur ab Hadriano (cujus etiam unica tantum constitutio in Codice refertur, puta *lex 1. Cod. de testamentis*), neque ultra, assurrexerint aut Codices illi, aut postea Justinianus. Mihi mens ea, id ideo factum, quia nova quædam Jurisprudentiæ ratio ab Hadriano cœperit, tum Edicto perpetuo constituto, tum quia sectæ JCtorum, de quibus postea, tum pene refrixerint: denique, quia publice respondendi cuique pro arbitrio suo jus factum: Ut proinde novi Juris, ac novæ Jurisprudentiæ auctor Hadrianus Codicibus illis initium dederit: pariter ut secundæ Epochæ novitas, novo Codice Theodosiano, de quo mox.

CAPUT V.

De Secunda EPOCHA *Imperatorum*.

SEcundam Epocham Imperatoriarum constitutionum faciunt Principes Christiani, a Constantino Magno, qui primus Imperatorum Christianus fuit, ad Theodosium Juniorem usque seu ad A. D. 438. spatio circiter anno 130. hoc ordine: Constantinus Magnus: Constantinus, Constantius, Constans: Constantius & Constans, Constantius solus: Constantius August. & Constans Cæsar (idest Gallus) Constantius August. & Julianus Cæs. Julianus Aug., Jovinianus, Valentinianus & Valens: Valentinianus, Valens & Gratianus; & Valens, Gratianus & Valentinianus Jun. Gratianus: Valentinianus Jun. & Theodosius: Valentinianus Jun. Theodosius & Arcadius: Theodosius: & Arcadius: Theodosius, Arcadius: Honorius, Arcadius: Honorius, Arcadius Honorius: Theodosios Jun. Honorius, Theodosius Jun. & Constantinus Cæsar: Honorius Theodosius, Theodosius, & Valentinian. III. Horum Principum Christianorum igitur, suasque ad id tempus de rebus tum sæcularibus, tum Ecclesiasticis constitutiones, octo viris ad id delectis, Theodosius Jun. unum in Codicem seu corpus colligendas commisit. Et vero in sexdecim libros relatæ, eo codice, qui ideo *Codex Theodosianus* dicitur. Quique ideo a nonnullis veterum: *Novas leges legitimorum Principum* continere dicitur, eo quod ex Christianorum Principum constitutionibus constaret.

CAPUT VI.

De Tertia EPOCHA *Imperatorum.*

POstrema Epocha est eorum Imperatorum, qui deinceps secuti ad Justinianum Imperatorem: eaque centum circiter annorum, ab A. D. 338. ad annum 534. hoc ordine. Præter Theodosium & Valentinianum III. Valentinianus & Marcianus: Martianus solus: Leo & Majoranus: Leo & Severus: Leo solus. Leo & Anthemius. Leo Junior & Zeno; Zeno solus, Anastasius: Justinus & Justinianus: Justinianus solus. Atque horum Principum constitutiones suas & peculiares collectiones meruere: & quidem sub *Novellarum* nomine, eo quod novissime post Codicem Theodosianum editæ essent: usque quo ad Justinianum deventum est, de cujus instituto paulo post.

CAPUT VII.

De JURISCONSULTIS, *eorum successione, sectis, scriptis.*

PRius enim de JCtis omnibus, eorum sectis, & variis scriptorum generibus, tam sub libera Rep. quam sub statu Monarchico, sigillatim moneri oportet Vario & multiplici usu, non tantum ne ad Juris Civilis libros accedentibus, veterum Auctorum nomina incognita esse possint, quod suo jam sæculo Ammianus Marcellinus causidicis nonnullis exprobrabat. Verum, ac potissimum, ut ad temporum ordinem dispositis JC. quis, item cujus sectæ fuerit, quæ eorum scripta sint, in quibus luserunt, Jusque adauxerunt, probe intellectis, & juris ipsius processum, & vim pleratumque legum, denique conciliandarum legum rationes tenere possimus.

Successio Jurisconsultorum 315. hæc ferme tenenda est ante Ciceronem. SUB LIBERA REP. hi hoc ordine fuerunt.

Pub. vel Sext. Papyrius.
Appius Claudius, unus e Decemviris circa A.U.C.330.
Appius Claudius Centimanus Cæcus A.V.C.440.
Appius Claudius 3.
Sempronius coætaneus.
Q. Mucius Augur.
Tiberius Coruncanius circa A. V. C. 470.
Sext. A. V. C. 555.
P. Ælius A. V. C. 558.
Scipio Nasica.
P. Attilius.
M. Porcio Cato.
M. Manilius A. V. C. 600.
P. Mucius A. V. C. 620.
Lælius Brutus.
M. Junius Gracchanus circa A. V. C. 630.

¶ CICERONIS ævo ante Julium C.

P. Attilius Rufus, Cos. A.V.C. 648. ante Christum 102.
P. Virginius.
Q. Tubero.
Sextus Pompejus.
Cœl. Antipater.
Lucius Crassus Mucianus.
Q. Mucius Scævola circa A.V.C. 660. ante Christum 90.
Gallus Aquilius, Muccii auditor.
Balbus Lucius.
Sext. Papyrius.
G. Juventius.
Cornelius Maximus.
Servius Sulpitius circa A.V.C. 700. ante Christum 50.
Antæus.
Sext. Ælius Drusus.
Granius Flaccus.
Paconius.
Puteolanus.

¶ *Sub* CICERONE, JULIO CÆSARE & AUGUSTO.

A. Cascellius.
C. Trebatius Testa.
Antistius Labeo, Servii discipulus.
C. Aul. Ofilius, Servii discipulus.

¶ *Post* CICERONEM sub Augusto, post natum Christum.

Alfenus Varus, Servii discipulus.
Fenestella.
Aufidius Tucca, Servii discipulus.
G. Atejus Pacuvius, Servii discipulus.
Priscus, Servii discipulus.
Cinna, Servii discipulus.
Blæsus.
C. Ælius Tubero.
T. Cœlius, Servii discipulus, post Trebatium.
Publ. Gelius, Servii discipulus.
Aufidius Namusa, Servii discipulus.
Atejo Capito.
Labeo Antistius, Trebatii discipulus.
Vitellius.

¶ *Sub* TIBERIO, CAJO, CLAUDIO, NERONE.

Ælius Gallus.
Massurius Sabinus.
Nerva pater.
Favius Mela.
G Gassius Longius circa Ann. Dom. 30.
Arrianus.
Carsilius.
Proculus.
Sex. Prædius, sub Cajo & Claudio.

¶ *Sub* VESPASIANIS.

Attilicinus.
Ursejus Ferox.
Priscus Fulcinius.
Vivianus.
Plautius.
Pegasus.
Nerva filius.
Cœlius Sabinus.

¶ *Sub* TRAJANO, & HADRIANO.

Minicius Natalis.
Juventius Celsus P.

Pri-

Priscus Javolenus Magister Juliani; *l. 5. ff. de mnnum. vind.*
Celsus F.
Aristo.
Octavenus.
Neratius Priscus.
Fufidius.

¶ *Sub* ANTONINO PIO.

Severus Valerius.
Salvianus Julianus.
Papyrius Fronto.
Terentius Clemens.
Jun. Mauricianus circa A. D. 167.
Publicius.
Pactumejus Clemens.
Campanus.
Valens.
Vindius Verus.
Sex. Cæcilius Africanus.

¶ *Sub* DIVIS FRATRIBUS, & MARCO SOLO.

Papyrius Justus.
Cajus, post A. D. 167.
Venulejus Saturninus.

¶ *Sub* MARCO & COMMODO.

Pomponius.
Volusius Mæcianus. v. *l. 90. de pactis*, *l. 17. de jur. patr.*
Marcellus post Ann. Dom. 168. v. l. 6. in fin. *ff. mandati.*

¶ *Sub* COMMODO.

Q. Cervidius Scævola.
Florentinus.
Taruntenus Paternus.

¶ *Sub* SEVERO.

Arius Severus.
Tertullianus.

¶ *Sub* SEVERO & ANTONINO CARACALLA post A. D. 202.

Arius Menander.
Papinianus.
Callistratus.
Furius Anthianus.

¶ *Sub* ANTONINO CARACALLA.

Marcianus Messius.
Tryphonius.
Paulus.
Ulpianus.
Licinius Rufinus.

¶ *Sub* ALEXANDRO SEVERO.

Æml. Macer.

¶ *Sub* GORDIANO.

Modestinus, circa Ann. D. 240.

Atque hic JCtorum finis est, hic oracula JCtorum obmutuere, sic ut ultimum JCtorum Modestinum dicere vere liceat, cessim & retro collapsa jam Jurisprudentia. Itaque qui deinceps successerunt JCti cujusmodi aliquam multos observare licet, (& quidem inter alios INNOCENTIUM, quem multis prædicat Eunapius; ejusdemque mentio apud Ammianum Marcellinum) item ANATOLIUM nudam docendi, & profitendi publice Provinciam Romæ, Constantinopoli, Beryti, susceperunt: Jus autem neutiquam adauxerunt: sive quia prioribus pares esse non poterant: sive occupata jam & exhausta ab aliis materia, sic ut ad summum Jurisprudentia pervenisset, sive denique barbarie paulatim invalescente, atque incuria solidæ eruditionis; quo alioquin pertinet querela Ammiani Marcellini, *lib.* 30. querela Theodosii Junioris, *in novella de auctoritate Cod. Theod.* & Consilium auctoris, qui eodem Theodosi Jun. fuit subditum Notitiæ Imperii.

Hinc denique factum, ut non aliud insecuti JCti præstiterint, quam ut vetera excolerent, colligerent, improbarent, quod Bibliotheca juris ostendit: quorum numero tres reperio.

Sub CONSTANTINO M. & ejus Filiis.

Hermogenianum, Aurelium, Arcadium, Chatisium, & Julium Aquilam.

Et hæc de Prudentum successione: sequitur de eorumdem *Secessione*, seu sectis. In varias scilicet sectas a JCtis recessum, jam inde Augusti temporibus, & verso in principatum Reipub. statu, a paucissimis licet initio principiis, quibus discordarent, latissime tamen postea diffundente divortio: Hinc igitur stare *Cassiani*, itemque *Sabiniani*, istinc *Proculejani*, seu *Pegasiani*. Hujus dissidii Auctores primi Attejus Capito, & Antibius Labeo, quorum ille tenax in traditis, sibi Sabinos & Cassios habuit sectatores: hic vero ingenii fiducia multa innovare instituit, sectatoribus Proculo & Pegaso. Sic aucta dissensio a discipulis, quorum hæc series; & cui similem depinxit Contius 1. *Success.* 12.

SABINIANI	PROCULEJANI.
CASSIANI.	PEGASIANI.

Sub AUGUSTO.

Attejus Capito Osilii discipulus.	Antistius Labeo Trebatii discipulus.

Sub TIBERIO.

Massurius Sabinus.	Nerva Pater.

Sub CAJO CLAUDIO NERONE.

C. Cassius Longinus, a quo Cassiani.	Proculus, unde Proculejani.

Sub VESPASIANIS.

Cœlius Sabinus, Nervæ Filius, a quo SABINIANI.	Pegasius, a quo PEGASIANI.

Sub TRAJANO, HADRIANO, ANTONINO PIO.

Priscus Javolenus.	Celsus P.
Aburnus Valens.	Celsus F. Friscus.
	Juscia-

Juscianus. Neratius.
Sal. Julianus.

Atque hactenus, neque ultra Hadrianum, vel Antoninum Pium, sectarum istarum sequaces reperiuntur. Quinimmo restrinxisse hæc dissidia vero est, saltem in apertum dissidium res non erupit. Exinde quippe certatim orti ercifcundi medii JC. neque in cujusquam jurare verba Magistri parati. Etsi stetisse controversias aliquas nihilominus verum est, quæ *decisionibus* Principum postea, & in his Justiniani tandem sopitæ. Et hærent quoque etiamnum, quicquid tandem egerit Tribonianus, hujus dissensionis reliquiæ, quæ tot ideo ἐναντιοφανῆ nobis producunt, quibus componendis multum interest scire quis cui sectæ fuerit addictus.

Scripta veterum Jurisconsultorum, quorum indicem præferunt Pandectæ Florentinæ, præferunt legum, ex quibus Pandectæ concinnatæ sunt, inscriptiones; ad hæc summa genera refero. Vel enim in pragmaticis, seu practicis versati sunt (quo pertinent libri Quæstionum, Responsorum, Epistolarum, Decretorum, Constitutionum, Digestorum): vel versati sunt in πολιτεύματι, seu παραγγέλματι; id est in officiis Magistratuum describendis; (hinc tot JCtorum libri de hujus, vel illius Magistratus officio). Vel denique in Theoreticis versati, vel enim exceptis & variis lectionibus concinnandis institerunt, (hinc libri variarum lectionum); vel notas conscripserunt ad leges populi Roman. ad JCta, Edicta, Orationes, Principum constitutiones, JCtos alios veteres: vel Tractatus singulares ediderunt; tandem jus in artem redigere satagerunt; hinc Enchiridia, Pandectæ, Regulæ, Sententiæ, Definitiones, Brevia, & Institutionum libri.

CAPUT VIII.

De JUSTINIANI OPERIBUS, seu CORPORE *Juris Civilis*.

HIS ita ab Justiniani tempora perductis, *Justinianus* ipse cum immensam illam constitutionum; & Jurisconsultorum molem & sylvam videret, impetum cœpit, secundo statim Imperii sui, A. D. 528. hanc ingentem sylvam cædendi, utiliorum delectu habito, & superfluis resecatis. Qua in re septennium integrum absumptum: & triplici quidem instituto, sequenti ordine, qui ad enantiaphanon quoque conciliationem observandus est. Primum, ad constitutiones Imperatorias converso studio, & decem viris ad id delectis, & in his Triboniano, ex tribus illis, quas dixi, Imperatoriis epochis, & ex tribus illis, quos dixi Codicibus, ac secutis deinceps Imperatorum, suisque ad id tempus Constitutionibus, *Codicem* concinnari voluit, A. D. 528. Et vero secuto anno editus Codex A. D. 529. Inde ad Veterum JCtorum libros, qui ad duo millia ascendebant, & versuum (id est sententiarum) trecenties decem millia, animum adjecit, quare *Pandectas* sive *Digesta* exinde componi jussit, anno 4. Imperii sui, seu A. D. 530. & quadriennium eo uno opere absumptum: editum quippe A. D. 533. apertissima nominis ratione, quia opus hoc *universa* veteris prudentiæ monumenta in unam consonantiam redacta, *digesta* contineret. Eodem anno, & Tyronibus juris studiosis prima juris elementa, seu fundamenta, & incunabula, quatuor *institutionum* libris proponi voluit: Exemplo potissimum Caji JC. & vero in publicum edidit, uno

Vinnius in Institut. Tom. I.

mense ante Digesta. Sequente demum anno 534. cum Codici aliquid deesse videret, repetita prælectione & editione eumdem tractari voluit: & hic est Codex ille novus *repetitæ prælectionis*, quo hodie utimur, priore abolito.

A. D. 528. Justiniano. A. 2. Coss.
529: Decio V. C. Coss.
530. Lampadio & Oresta Coss.
CODICEM fieri mandavit Justin. Idib. Feb.
Codex editus Idib. April.
DECISIONUM 50. initium ab hoc anno,
DIGESTA componi mandat Decemb. mense.
531. Post conf. Lamp. & Or. 1.
532. Post conf. Lamp. & Or. 2.
533. Justiniano 3. conf.
INSTITUTIONES eduntur mense Novembr.
DIGESTA eduntur mense Decembr. 534 Justiniano 4. & Paulino Coss.
CODEX repetitæ prælectionis editur mense Novembris abrogato priori.

Atque hac triplici ratione plenissime juris studio consultum putavit Justinianus.

Nihilo secius & ipse deinceps post Codicem suum *Novellas* quasdam constitutiones pro rei contingentia, & negotiorum varietate edidit, quæ postea in unum corpus collectæ; & quia harum epitomen Julianus antecessor conscripserat, *Authenticæ* dici meruerunt. His cohærent & Edicta 15. ejusdem Justiniani, quæ non ad certum aliquem hominem, aut populum scripta sunt, sed in genere provulgata. Atque in his quinque partibus absolvitur Corpus Juris Civilis.

CAPUT XI.

De FATO JUSTINIANÆÆ *Jurisprudentiæ*.

SEcuta sint Justinianum ea tempora, immo partim excepere, quibus neque Occidentem Justinianæi libri penetraverunt. Jamdudum enim eum Gothi Franci, Saxones, Vandali pervaserant: pervaserunt & postea Longobardi. Quare illorum legibus locus jam factus, Salicis, Burgundionum, Visigothicis, Longobardicis, quas exhibet *Corpus legum antiquarum*: nisi sicubi suæ & Romanæ leges infelicibus Romanorum reliquiis servatæ fuerunt: & hæ ipsæ tamen leges Rom. non e libris Justinianæis desumptæ, verum ut antea ex Codice Theodosiano ipso, statim ut conditus (teste Sidonio Apollinari), ita postea ex Epitome quadam *Codici Theodosiani* sub textis nonnullis e Gregoriano, Hermogeniano, Pauli Sententiis, Ulpiani Regulis, Caji institutionibus. In Orientis Imperio miro miseroque fato, & eodem quo cæteræ disciplinæ, Justinianæi libri sensim obsolevere, recedente paulatim linguæ Latinæ usu, & barbarie in dies magis ac magis accedente: quin & Novellis subinde, pro novo Republ. statu inecutorum Principum Constitutionibus, alicubi etiam per invidiam & æmulationem tam illustri operi incumbentibus. Quare ut de Leonis Novellis nil dicam, in novas subinde formas opus Justinianæum recoctum. Nil jam dico de Institutionum paraphrasi, quæ Theophilum habet auctorem, utilissima; hoc ipsum sane ostendit Basilii Macedonis Epitome Juris Codicis, seu Digestorum, seu πρόχειρα, trecentis circiter post Justiniani opera annis editum. Testantur Basilicorum 60 libri a Leone ejus & Leonis filio Constantino Porphyrogeneta repetita prælectione concinnati, in unam vid.

consonantiam omnibus Justiniani operibus confusis; teſtatur eorumdem Baſilicorum ſynopſis, ſeu ecloga: Fidem faciunt tot barbara & ignota JCtorum nomina, notas jam in Baſilica, tamquam fundum Juriſprudentiæ conſcribentium: Teſtis eſt Photii Epiſcopi Conſtantinopolitani Nomocanon, quo is leges civiles cum canonibus miſcuit, quique poſtea Theodorum Balſamonem interpretem nactus eſt. Hinc etiam Synopſis altera Attaliatæ adhuc brevior, & velut ſynopſis ſynopſeos, juſſu Michaelis Ducæ Imp. A. D 1077. His accedat & Conſtantini Hermenopuli Procheirum, ſeu promptuarium ex Baſilicis conflatum, circa Emmanuelis Comneni ætatem. A. D. 1145. His accedant omnibus Paratitiorum Græcorum libri, quorum tres Leunclavius edidit. Quorum omnium ut uſus aliquis ſæpenumero eſſe poteſt, ita maxima pars affaniarum plena; uſquequo Orientis Imperio perpotiti jam Turcæ, capta Conſtantinopoli ann. 1455. Quos tamen ipſos & reverentia quædam Juris Juſtinianæi vel curioſitas ſaltem tetigit: & ſi verum eſt quod Leunclavius prodidit, Codicem Juſtinianæum neque Turcis in lingua ſua deeſſe.

Sed commodum accidit, ut circa ipſa tempora, quibus jam nitor Juriſprudentiæ Juſtinianææ ferme decoxerat, ſalutari quodam ſydere, & divina virgula, 600. ferme annos poſt, medio quaſi ſæculo duodecimo A. D. 1136. Opus Juſtinianæum in Occidente efferri cœperit. Exactis quippe a Lothario Imper. II. Saxone ex Italia Normannis, & ab eodem ductu Innocentii II. Pontificis Melphi ſeu Amalphi Civitate Apuliæ (quæ pars Italiæ diu poſt alias in poteſtate Græcorum Imper. ſteterat) expugnata, repertum antiquiſſimum illud exemplar, & Juriſprudentiæ Ancyle Pandectarum, quod Piſani ab Innocentio II. Pontifice Maximo, & Lothario Cæſare item II., quia claſſe eos adverſus Normannum Rogerium juviſſent, ſeu egregie navatæ operæ monumentum & præmium, retulerunt, ejuſque donationis per Lotharium collatæ inſtrumentum habuiſſe ſe Plotius Cryphius Piſanus hiſtoricus affirmat: Et habuerunt id diu penes ſe Piſani; unde & in Gloſſis *Piſanæ Pandectæ* vocantur; Donec per Gignum Caponium Florentini A. D. 1496. Piſis in poteſtatem redactis, ſubjectionis ſymbolum tranſtulerunt: Unde *Pandectis Florentinis* nomen: Inde idem Lotharius Irnerii (quem alii Vernerium vocant) qui *Authenticas* Codici ſubtexuit: conſilio, Jus Juſtinianæum & in foro obſervari, & in Gymnaſiis doceri juſſit, ac nominatim precibus Mathildæ Comitiſſæ Tuſciæ Piſis doceri, quod Abbas Urſpergenſis retulit. Itaque Irnerius & Jus Juſtinianæum e bibliothecis eduxit, & primus jura in Italia Bononiæ profeſſus eſt, & primus præterea interpretationem addidit. Ab hoc initio ad alias Civitates Italiæ & tranſmontana Galliarum propagata Juriſprudentia, poſteaquam ſemel Irnerius vexillum extulit. Hinc enim ex ſchola Irnerii prodiere Placentinus Bononiæ: in Gallia Monſpelii, Joannes Boſſianus, Martinus Coſſias, ambo Cremonenſes, Bulgarus Piſanus, Azo Accurſii præceptor, qui ultimus Accurſius ſuperiorum Gloſſa in ſuas & pleniſſimas Joannis auditor transfudit, temporibus Friderici II. ante annos 435. integros, id eſt circa annum 1227.

Atque huic inquiſitioni ſatis. Niſi quod & illud ſcire intereſt, ſæculo demum ſuperiore, poſteaquam veteri hiſtoriæ linguarum & humanarum litterarum ſtudium renatum eſt, ſimul & Juriſprudentiam meliori fato excitatam. Nam cum antea ſoloci filo, & jejuna atque aſpera Interpretum opera Jus tractaretur, ſine ullo Hiſtoricæ, aut Philologicæ cognitionis lumine, qua deſtituti ubique paſſim impegere, Accurſii gloſſam, ſeu feudum Juriſprudentiæ ſequi & enarrare tum contenti, textu jam pene neglecto, & abolitis pene libris Juſtinianæis: exorti certatim qui Jurisprudentiam ab his impolitiis vindicarunt, tum ſcriptis, tum ipſo textu inſtaurato, & in his Pandectis Florentinis, eductis: In his primi & potiſſimi Guilielmus Budæus, Andreas Alciatus, Gregorius Holoander, Antonius Auguſtinus, Lælius Taurellus, Zaſius Viglius; & poſt omnes, ut taceam cæteros, domeſtica etiam decora, ſed qui unus pro omnibus, qui e latericia jam auream fecit Juriſprudentiam.

JAC. CUJACIUS.

BIBLIOTHECA JURIS CIVILIS ROMANI.

Historiam Juris Civilis proximo pedato excipiat Bibliotheca, cujus notitia hoc initio pariter præstruenda venit: ut ita limine studiorum suæ deinceps artis instrumenta familiariter nosse tyro incipiat: Atque in his potissimum hærendum sibi, vel ubi aliquando ad recentiorum commentarios diverterit, huc omnino redeundum, hicque pedem figendum sciat. *Bibliothecam* voco libros, de Jure Civili Romano, aliaque vetera monumenta & fragmenta, ceu tabulas naufragio, quæ vel propriis consignata editaque libris, vel per varios sparsa libros, clarorum Virorum industria hodie collecta habemus: Denique omnia ad jus civile spectantium librorum fragmina, quæ superiorum temporum injuria nobis fecit. Quæ omnia, etiam ea quæ alioquin vel minima videri posset, vel absoleta & antiquata nimis, vel etiam e Græculis, aut sequioris ævi scriptoribus consignata maximam tamen lucem Justinianæis libris vel illustrandis & explicandis, vel restituendis subinde inferunt.

CAPUT PRIMUM.

Pro-JUSTINIANÆI Veteris *Juris Reliquiæ*.

PRimum igitur eas Juris Civilis reliquias apponemus, quæ spectant ad jus vetustius Justinianæo; Atque a publici monumentis & legibus initium faciemus.

I. Legum REGIARUM, (qui primus fundus Jurisprudentiæ Romanæ est) fragmenta primo loco occurrunt, quæ a Sexto Papyrio olim unum in corpus collecta fuerunt: ad quæ postea Granium Flaccum Jurisconsultum librum Commentarium scripsisse Paulus noster auctor est, *in leg.* 144. *ff. de verbor. signif. Granius*, inquit, *Flaccus in libro de Jure Papyriano*: quem ipsum Granium Flaccum Lacinium allegant Festus, Arnobius; quin & Macrobius *lib.* 3. *Saturn. cap.* 11. locum integrum ex hoc jure Papyriano apponit. Verum utrumque opus cum ipsis legibus intercidit. Supersunt tamen ipsarum legum fragmenta nonnulla, quæ Antonius Augustinus, Contius, Balduinus, Flavius Ursinus Romæ in 4. Ann. Dom. 1583. Pandulphus Pratejus, Franc. Modius, Manutius, Lipsius collegerunt, partim ipsismet Legum Regiarum verbis consignatis: potissimam vero partem earum tantum sententia expressa. Sed magna Balduini confidentia fuit, qui usus est asserere, octodecim Romuli Leges se habere ex columna quadam antea Romæ in Capitolio erecta. Illud observandum, non nisi trium Regum leges occurrere, nempe *Romuli*, *Numæ*, *& Servii Tulii*: (cujus 50. leges fuisse de contractibus, & delictis συναλλακτικὰς καὶ περὶ τῶν ἀδικημάτων Dionysius Halicarnasseus diserte scribit *l.* 4.), nullas Tullii Hostilii, Anci Martii, aut Prisci Tarquinii, ac multo minus Tarquinii Superbi, qui Tullianas aboleverat.

II. Leges duodecim TABULARUM, (qui secundus fundus & corpus Jurisprudentiæ Romanæ est), proxime sequuntur. Ad has sane veteres subinde Jureconsulti interpretationes, seu Commentarios, & explanationes scripserant: in his Sex. *Ælius*, L. Acilius, Lælius, Valerius Messala, *Qu. Antistius Labeo*: postremum omnium sub Marco Imperatore *Cajus*. In ipsarum legum fragmentis eruendis, ut aliquammulti alii post alios, (etiam Cujacius *libris observationum*) ita colligendis quamplurimi operam navarunt, puta Aymarius, Ricallius Oldendorphius, & ex eo Forsterus) Antonius Augustinus, Romæ in 4. 1583. Balduinus, Contius, Hotomannus, Ræviardus, Calcagninus, Crispinus, Pighius Marcilius, Franciscus Pithœus, Dionysius Goth. p. m., Justus Lipsius, & alii. In disponendis varium singuli quippe ferme ordinem sectati. Jam aliquot anni abeunt, cum ipse varios errores ab aliis hac parte admissos observabam, ob aliquammulta omissa, alia interpolata, aliena etiam in hunc censum conjecta, puta Legis actiones nonnullas, & elicita per interpretationem ex ea, atque genus alia. Ordinem ut quisque ex arbitrio commentus est, ita ad verum propius accessit Franciscus Pithœus. At genuinum duobus subsidiis restituisse mihi videor: Primum expressis Veterum quorumdam in id authoritatibus, tum & sex Caji librorum ad XII. Tabulas ordine inspecto, quorum singulis duæ Tabulæ explicatæ fuerunt.

III. Leges subinde pro usu populi Romani latas, omnes quantum in se collegerunt, earumque catalogos confecerunt Antonius Augustinus, Zasius, Manitius, Hotomannus, Charondas.

IV. SINGULARES ex iis quasdam leges, earumque capita peculiari studio collegerunt, & singularibus commentariis illustrarunt nonnulli, tum Veteres Jurisconsulti, (quorum Index Pandectis Florentinis præmittitur, & in materias digestus a Joann. Pichardo), tum & novi. *Ad legem Vellejam* scripsit Ant. August. *Ad legem Juliam Majestatis*, Contius, ad *leg. Juliam de Adulteriis*, Brisonius: capitibus ejus XXIX. editis, *Legis Vaconiæ*, *Falcidiæ*, *Juliæ*, *Papiæ*, *Poppeæ*, *Rhodiæ*, *Aquiliæ* capita collegit: iisque lucem intulit Balduinus, Basileæ in 8. An. D. 1556. Et nos aliquando legem Papiam, ejusque capita distinximus, suoque ordini restituere instituimus. Nonnullarum præterea legum obscuriorum memoriam excitarunt aliquam multi, veluti legis Gliciæ Cujac. 14. *obs.* 14.; Legis Lætoriæ. Idem 19. *obs.* 33.: Legis Cinciæ Ranchinus 2. *variar.* 7., & Burgius lib. 1. *Electorum cap.* 18.

V. SENATUSCONSULTA, de Jure videl. derivato a Tiberii Principatu ad Marci Imp. tempora, collegit Anton. Augustinus, Romæ in 4. Ann. D. 1583. *Orationes Principum* nonnullas, (quas JCti sequebantur) singularibus commentariis illustravit Scipio Gentilis, puta *Orationem Marci de transactione super alimentis*, Hanoviæ in 8. A. D. Item *Orationem Ant. Caracallæ de donationibus inter virum, & uxorem*, in 4. Hanoviæ, A. D. 1604.

VI. EDICTUM PERPETUUM, quod Hadriani Imp. auctoritate a Salvio Juliano JCto conditum, atque in titulos digestum, (quodque tertium Jurisprudentiæ Rom. fundum & *Corpus* vocare licet, & vel potissimum deinceps) libris Manualium Eguinarius Baro-

colligere cœperat; verum probabili minus instituto, utpote qui sciens ea sæpius Edicta confingat, quæ numquam fuerunt, sed quæ sunt Jurisconsultorum placitis, moribus Romanorum, antiquis legibus, vel etiam novis Principum constitutionibus. Atqui multum interest, hæc non turbide misceri, sed probe distingui. Quare secuta industria Guilielmi Ranchini, qui A. D. 1597. Parisiis in 8. Edictum Perpetuum, ejusque reliquias anxie collegit, alienis resecatis, easdemque collectas concinavit ita quidem ut ipsa Edicti verba uncialibus litteris & majusculis excudi recte voluerit, cætera minutioribus. In hoc tantum subsedit ejus industria, quod non ad genuinum, verum ad Justinianæum ordinem capita Edicti disposuerit. Verum quod sibi tum defuisse etiam ultro Ranchinus fassus est, novæ alicujus operæ materia aliquando ea nobis futura, genuino videlicet ordine Edicti Perpetui instaurato, seu restituto, quem e Veterum Jurisconsultorum Commentariis Edictum (puta Juliani, Ulpiani, Pauli, Caji, & cætererorum) eruere proclive erit.

CAPUT II.

JURISCONSULTORUM *Veterum ad Jus Pro-Justinianæum reliquiæ.*

I. JURISCONSULTORUM OMNIUM Veterum libros, e quorum scriptis Pandectæ concinnatæ sunt, & sic in lacinias mire per Pandectas distractos, & particulas exinde errabundas, in unum velut corpus rursum compingere, sed per indicem tantum, ope inscriptionibus singulorum capitum, peculiaribus *Indicibus* Jacobus Labittus, Ant. Augustinus; Quo, ceu maximo Juris arcano, relata in unum quasi locum omnia capita ejusdem inscriptionis, Auctoris & libri, singulorum librorum cognitionem, *conjectionem*, & argumentum Lectoribus exhibent: tum etiam in iis cujusque capitis quasi quædam antecedentia & consequentia, & sic causæ quodammodo legum ipsarum cernuntur. Denique vel hac ratione quadamtenus Jurisconsultorum Veterum libris, qui alioquin interciderunt, restituuntur. Unum tantum hoc superest hodie præstandum, ut capita ipsa non per indicem & numero tantum (quod a Labitto, & Augustino factum,) sed κατὰ λέξιν, & verbotenus Lectorum oculis subjiciantur, & ex collatione singulorum capitum singulis libris argumenta præscribantur. Qua ratione & longioris inquisitionis labore Lector deinceps levabitur, & judicium brevissime instruetur.

Huc referenda sit eorum quoque industria, qui singulares e superioribus Jurisconsultos, vel libros singularibus commentariis illustrarunt; ut Ant. Augustinus *Modestini librum de excusationibus*: Cujacius *Africanum*, *Papinianum* integrum, *Pauli ad Edictum* libros, *Quæstiones*, *Responsa*, *Juliani Digesta*, & libros ex *Minucio Natali*. Item *ad Ursej Ferocis librum de ambiguatibus*, *ad Responsa Scævolæ*, *Ulpiani*, *Marcelli*, *Neratii*, *Modestini Responsa*, ejusdemque *libros differentiarum*: Balduinus *Scævolam*, seu Mutianam Jurisprudentiam: Jacobus, Lectius Macrum, & Modestinum, aliique alia.

Et veterum tamen adhuc Jurisconsultorum fragmenta ipsa extra Pandectas nonnulla ad nos pervenerunt, quorum pretium injuria & fatum cæterorum incendit. Quæ veterum Prudentum fragmenta uno volumine comprehendi utilissimum fuerit: quod & *Petrus Pithœus* ex parte jam præstitit; & plenius adhuc præstare instituerat, una cum Notis.

II. CAJI igitur primum fragmenta hodie nonnulla supersunt, sed Gothorum, seu Aniani manu deformata, & quidem e quatuor Commentariorum, seu Institutionum ejus libris: Quatuor enim scripsisse eum docet Index Pandectarum Florentinarum, & præjudicium insuper institutionum Justinianæarum, quæ Cajanarum exemplo compositæ sunt. Et sane titulum IX. & initium X. ex libro tertio desumpta esse ostendit *lex 2. ff. de obl. & action.* Quare deinceps titulus ita mutatur, *Caji Institutionum libri quatuor*; vel potius *excerpta e Caji libris quatuor*; pariter ut Ulpiani fragmenta, Paulique sententiæ, de quibus mox, nonnisi excerpta sunt. Observandum enim est, cum per Gallias, & sub Regibus Visigothorum nominatim, vetus Jurisprudentia Roman. una cum Codice Theodosiano obtineret, Alaricum Regem Gothorum per Anianum in suorum temporum usum nonnulla ex Codice Theodosiano, Gregoriano, Hermogeniano, ex Ulpiano, Cajo, Pauli sententiis excerpi voluisse: Eaque omnia in unum Corpus redacta, quod insequuti deinceps, *Corporis Theodosiani*, vel etiam *Legis Romanæ* appellatione allegare soliti. Hæc Caji fragmenta edidit in Germania Sichardus, & Almaricus Bouchardus in Gallia: Lovanii quoque etiam in 12. 1570. Eadem Hieronymus Alexander Junior edidit cum commentario Venetiis in 4., apud Franc. de Francisc. Ciotti, A. D. 1600. Et alia tamen adhuc fragmenta Caji Institutionum colligi possunt, tum ex pandectis ipsis, tum ex auctore Collationis legum Mosaicarum, Boetio, Prisciano *sub fin. lib. 6.* & Diomede *lib. 1.* Quæ in unum colligi e re fuerit.

III. ULPIANI quoque fragmenta, seu tituli XXIX. ex corpore Ulpiani ab eadem Aniani manu supersunt, quæ Joannes Sichardus, mox Emarus Ranconnetus, & Jac. Tilius Lutetiæ A. D. 1549. ediderunt, & a Cujacio Commentariis illustrata, qui postea quoque in meliorem Codicem, & authenticum exemplar incidit Jacobi Filii; vide eum *lib. 7. observ.* 28. in quibus veteris juris stricturæ quamplurimæ supersunt. Quæritur autem, ex quonam Ulpiani libro Tituli illi sint? Neque enim ex Institutionum libris desumpti sunt, ut arguunt eorum librorum fragmenta, quæ per Pandectas sunt sparsa. Verosimile omnino sumptos e libro, seu corpore Regularum, (& ita Cujacius quoque prodidit 13. *obs.* 16. 27. *obs.* 128. 19. *obs.* 3. itemque Petrus Pithœus) ut docet *lex* 17. *de testibus*, quæ totidem verbis repetita extat *tit.* 10. *fragm. Ulpiani* §. 5. Ex quo Ulpiani libro Regularum nonnullos alios locos suppeditat Collatio Mosaicarum, (de quo vide Petrum Phœum *ad tit.* 2. *Collationis*, *pag.* 133.) itemque Boethius *ad Topica Ciceronis*.

IV. ANNONIMI quoque cujusdam JCti veteris fragmentum superest, unicum, & pluribus tamen sententiis constans: quod quidam Ulpiani ex libro ejus Regg., vel etiam Caji esse volunt, cujus argumentum est, de *Juris speciebus & manumissionibus*, desumptum ex Dosithei Græculi Magistri Homiliis, & Græcæ linguæ exercitationibus, seu Grammatica. Id olim quidem de Latino in Græco translatum: Verum quale hodie extat, de Græco in Latinum transfusum, Claudius Puteanus Senator Parisiensis primus eruit, Cuj. communicavit (ut testis ipse 17. *observ.* 10.) edidit tandem Pet. Pith. *sub finem Collationis legum Mosaicarum* A. D. 1552. in 4. Lutetiæ.

V. PAU-

V. PAULI Sententiarum receptarum libri quinque, id est, generaliorum & forensium axiomatum, seu aphorismorum, vel potius excerpta ex iis, ab eadem illa quam dixi, Alarici, seu Aniani manu, ad nos quoque pervenerunt: *Sententiarum* inquam *receptarum libri*, quos ad *Filium* conscripsit, ex quibus alioquin quædam in suas Pandectas Justinianus, quædam, ut dixi, Alaricus seu Anianus in suum illum Romanarum Legum Cod. & Breviarium retulit, interpretationibus aliquammultis subditis. Et hæc excerpta, una cum reliquis Codicis Theodosiani fragmentis, Ulp. & Caji; Codicis Hermogeniani & Gregoriani, in Germania primus in lucem revocavit Joann. Sichardus, sub Ferdinando I. Imper. Basileæ: in Gallia Almaricus Bouchardus, una cum Cajo ad Antoninum Prætensem Galliarum Cancellarium: postea ab Emaro Ranconnetto, Tilio accepta Jacobus Cujacius, A. D. 1557. omnia illa pleniora & emendatiora protulit, (nisi quod Aniani interpretationes rejecit), notisque primus illustravit. Sed & alias sententias postea ex Codice quodam Versuntino idem Cujacius *libro observ.* 21. extulit. Ad ultimum Conradus Ritterhusius, (quod etiam Cujacius aliquando in animum induxerat suum) A. D. 1594. Norimbergæ, in 8. omnes ad unam sententias Pauli, ex illis inquam, excerptis Anianeis fragmentis per Pandectas sparsis, Codice Vesuntino, Auctore Collationis Legum Mosaicarum, Papiniani Responsis, veteri consultatione (de quibus vide Cujacium 7. *observ.* 26.) in unum corpus retulit, seu uno libello comprehendit, & indicem addidit, interpretationes Aniani restituit: Minus veritus, quod Cujac. fecerat, libros, qui in Indice Florentino *Sententiarum sive Factorum* inscribuntur, eosdem cum libris *Sententiarum* facere. Similis huic editio, ejusdemque instituti prodiit sive Avarici, sive Aureliæ in 12. A. D. 1599. ordo tantum alius subinde, & Index alius. Usus harum Pauli Sententiarum potissimus in eo, quod præter ea quæ cum Jure Justinianeo conveniunt, quamplurima iis continentur ex jure veteri ante Justinianum recepto, a Justiniano, vel ante ipsum abrogato, qua mirum quantum lucis innumeris Juris Justinianeis locis adferunt, ut quæ [illegible] bit *de Adsertoribus*, *de lege Fusia Caninia*, *de Senatusconsulto Claudiano*, *de Cognitoribus*, *de Crucis supplicio*, *dotalis prædii alienatione*, *de fidejussore liberato per electionem rei*, *de fiduciæ*, *furti actionibus quatuor*, *interdictorum uti possidetis & utrubi differentia*, de Regulis nonnullis *circa institutiones & legata*, *legatorum generibus quatuor*, *libertorum differentiis*, *Mancipationibus*, *successionibus ab intestato*, *vicesima hæreditatum*.

VI. MODESTINI quoque Regularum fragmentum unicum, ex libro ejus 3. (vel potius 9. (*sub titulo de bonis libertorum*, & *de Testamentis* sumptum superest, ab eodem P. Pithæo editum *sub finem Collationis legum Mosaicarum*.

VII. STEMMA quoque, seu vetus graduum adgnationis descriptio Jurisconsulti cujusdam Cod. Theodosiano præfixa ab Emaro Raconnetto, accepta *quemadmodum* videlicet *lege hereditates redeant*, incerta est circa A. D. 1560. a Cujac. 3. *observ. ultim.*, quem vide. Inseruit & Institutionibus suis Antonius Contius alterius generis pervetustum Stemma, ex antiquis Græcis Manuscriptis, ex libro 4. Sententiarum Julii Pauli, *tit. de gradibus*. Edidit & Charondas, ex MS. Dionysiano Institutionum aliam descriptionem, seu formam graduum, ad Justiniani, veterumque Jurisconsultorum sententiam. *Vinnius in Instit.*

VIII. CONSULTATIONE quoque veteris Jurisconsulti mediæ ætatis *de Pactis*, cujus nomen incompertum, ab Antonio Oisello acceptam edidit Cujac. de qua vide ipsum 7. *observ.* 16. ubi videre est veterum Jurisconsultorum religionem & formam. Nempe ibi ipsa legum capita, & Auctorum verba, quibus suam suffulcit sententiam auctor ille, verbotenus proponit; una cum inscriptionibus ex Codicibus Gregoriano, Hermogeniano, (tanta diligentia, ut etiam variis ex Codicibus varias repræsentet), Theodosiano, Sententiis Pauli, libris & titulis adnotatis. In cujus facti causam inquirit Cujacius *præfatione ad Consultationes suas*: vide & quæ P. Pithœus notat, *notis ad Collationem Legum Mosaicarum*.

IX. NARRATIO quoque Historico-Juridica *de Legum Rhodiarum* apud Romanos confirmatione, (ab Imperatoribus videlicet Tiberio, Vespasiano, Trajano, Hadriano, Antonino, Pertinace, Severo) procul dubio sub ipsomet Severo Imperatore confecta, quæ præfixa est legibus Nauticis, huc pertinet: quam Simon Schardius edidit A. D. 1651. Basileæ in 8., una cum Legibus Nauticis, Georgicis, & Militaribus Justiniani II. de quo vide quæ idem Schardius scribit *in adnotationibus pag.* 271. 272. Postea a Leunclavio vel Marquardo Frehero, ex P. Pithœi exemplari edita accuratius in libro, cui titulum fecit *Jus Græco Romanum* A. 1596. t. 2. p. 265. In ea Narratione Historico Judica intextum est illud ipsum caput, quod ex Lege Rhodia retulerat Volusius Mæcianus, & extat in *ἀξίωσ. π. ad L. Rhod. de jactu*, quam nos peculiari hypomnemate illustravimus.

X. COLLATIO legum Mosaicarum Romanorum, ex integris Papiniani, Pauli, Ulpiani, Caji, Modestini, aliorumque veterum juris Auctorum libris, item ex Codicibus Gregoriano, Hermogeniano, Theodosiano desumpta, & in tit. XVI. distributa, Tilio jam ante visa P. Pithœo Jurisconsulto ex Mandubiorum Bibliotheca edita, & Notis luculentis illustrata, A. D. 1572. Lutetiæ in 4., ad nos pervenit. Quem librum eodem anno 1572. L. Charondas manuscriptum se habere ex Bibliotheca Dionysiana professus est in *dedicatione Corporis sui ad Augustum Senatum Parisiensem*. Hujus collationis, seu pariationis Auctor *Licinius Rufinus*, a Tilio primum, mox & a Cujacio dicitur: Verum ex conjectura, an ex veteris libri fide, haud satis compertum. Sane non potest esse *Licinius Rufinus* ille, qui Pauli coætaneus fuit. Verissimum enim est, hanc collationem editam post Codicem Theodosianum, seu post A. D. 438. quandoquidem ex eo Codice quamdam Constitutionem laudat *de impudicis*, & quidem (quod observandum) pleniorem, quam eo Codice, quem hodie habemus, extat, ac proinde ex integro non decurtato Codice Theodosiano. Ex præfatione sane tituli VI. & VII. colligere licet, professione Jurisconsultum non fuisse. Tandem de hoc Auctore vide quæ Pithœus *initio Notarum*, quæ Marqu. Freherus *singulari capite* 1. *parerg.* 4. Utilitas hujus libri triplex; 1. quod perspicue repræsentat quid Tribonianus, quid quantum Collegæ in excerpendis, discerpendis veterum Jurisconsultorum scriptis sibi indulserint, 2. quod quamplurima prisci Juris fragmenta, tum ex Veteribus Jurisconsultis, tum ex tribus constitutionum Cod. contineat, quæ alibi nuspiam, vel non ita plene occurrunt. Tandem ostendit: quomodo in titulos veterum Jurisconsultorum libri divisi fuerint spectandus in rem cumprimis *Tit. XV.*

XI. PAPINIANI liber Responsorum Titulis XL. constans, in hunc censum referendus est, ubi ex *lege Romana* (ut ipsemet loquitur) idest, ex tribus Codicibus, Caji Regulis, Pauli sententiis quamplurima referuntur; itemque ex corpore Novellarum Theodosii, Valentiniani, Majoriani, Leonis, & Severi : Pithœus Theodoricianum, seu Gotho-Romanum putavit. Sane liquidum fuisse ex aliqua earum nationum, quæ sub Regibus constitutæ Galliis jam insederant, cum & *Nationem suam, & Dominum Regem* memoret *titul.* 3. & 7. Ego crediderim, *Burgundionem* fuisse. Nam si quis Legem Gundebaldicam conferat, eundem ordinem pene deprehendet, ac pene variare videbit. Hujus porro institutum fuit, infelicibus Romanorum reliquiis *Legem Romanam* proponere: Germanicæ quippe nationes cum Romanas Provincias, & Galliarum nominatim, potestati suæ subjecissent, hanc erga devictos humanitatem exercuere, ut *liberum* cuique relinquerent, qua lege, ac nominatim Romana, vivere vellent: De quo vide leges Burgundionum *tit.* 6. §. 1. Sal. *tit.* 43. §. 1. Longobard *tit.* 57., & veteres *Formulorum Auctores*. In hunc ergo finem Corpus quoddam Juris *lege Romana* apud Gothos Anianus, apud Burgundiones Papinianus confecere.

XII. NOTAS JURIDICAS huc quoque referri oportet, usurpatas in monumentis publicis, Jurisque Civilis libris, in legibus, plebiscitis, actionibus, edicto perpetuo, quæ non ad libros Justinianæos pertinent, verum ad veteres Leges, Plebiscita, Actiones, Edicta perpetua. Juris civilis libros veteres; leges denique Romanas, & Codicem Theodosianum: In quibus videlicet Notæ antiqui juris, seu signa, a Justiniano abolita, explicantur; cujusmodi complures libellos, & in his M. Valerii Probi Grammatici vetustissimi (cujus apud Svetonium, Gellium & Macrobium mentio fit, quique sub Augusto fuit) item Magnonis sub Carolo Magno, Petri Diaconi sub Conrado I. Imperatore, & incerti auctoris vetustissimi, post varias aliorum Editiones, in unum tandem corpus coegit vir doctissimus Fridericus Leinderbrogius, cum Notis nonnullis, editione Lugduno Batava in 8. Ann. Dom. 1559. Solius Probi libellum, ex MSS. auctiorem longe edidit, notisque illustravit Henricus Ernestus Soræ in 4. Ann. Dom. 1674. Ubi tamen moneo, ibi non merum Probum extare, sed multa addita alia, & posteriore longe manu. His addere licet INNOCENTIUM, ex cujus libris de litteris notis juris, Agrimensorii videlicet, nonnulla hodie extant: *Innocentium* Ammianus Marcellinus sub Constantio Imperatore fuisse memorat: idemque ille videtur, de quo Eunapius agit, cujus edendi consilium Sichardus jam olim ceperat. Tandem e Bibliotheca Palatina a Salmasio erutum edidit Nicolaus Rigaltius inter Auctores Finium regundorum, Lutetiæ in 4. Ann. Dom. 1614.

XIII. VOLUSIUM MÆCIANUM *de asse, ejusque distributione* (& in hæredum institutionibus, & in aliis multis, ut ipsemet loquitur, necessaria), neque ab hoc censu alienum putare debemus; quem Sichardus edidit primus Anno Domini 1528. Liber hic quippe (judicio Cujac. ad *l.* 21. §. 2. *ff. de annuis legatis.*) Juris studiosis prius addiscendus est, quam Institutiones: quod temere accedant ad Juris disciplinam, quibus non bene nota est distributio assis.

XIV. FINIUM REGUNDORUM Auctores Augustos nonnullos neque hinc abesse velim: in quibus Siculus Flaccus, (qui sub Domitiano, vel Trajano scripsit, Julius Frontinus, libro de agrorum qualitatibus & controversiis eorum; itemque Aggeni Urbici Commentarius in eumdem Frontini librum. Quos Turnebus primum, accuratius postea Nicol. Regaltius edidit, & notis luculentius illustravit, Parisiis in 4. A. D. 1614.

XV. NOTITIA Dignitatum omnium in partibus Orientis & Occidentis, sub Theodosio Juniore conscripta, circa Ann. Dom. 426., (quam & ideo Alciatus *Breviarium Theodosii Jun.* appellavit), unde maximum juri nostro lumen accedit, ad Dignitatum seu Magistratuum, & Officialium notitiam, de quibus agitur primo libro Codicis, & posterioribus tribus: item ad notitiam Juris fiscalis & patrimonialis. Eam Alciatus excerptam primus edidit; secutus Rhenanus, qui totam edidit Basileæ in fol. Tandem a Guidone Pancirolo ex collatione duorum MSS. restituta plenius, notisque illustrata. Audio & Lutetiæ in illustri illa Regiaque Typographia nuper editam.

Hactenus Leges publicæ, veterumque Jurisconsultorum reliquiæ, aliaque monumenta ad Jus antiquum Pro-Justinianæum spectantia.

C A P U T III.

IMPERATORIARUM *Constitutionum Pro-Justinianæarum reliquiæ.*

IMPERATORIÆ Constitutiones ante Justiniani tempora sequuntur.

I. HADRIANI primum Imperatoriæ Sententiæ & Epistolæ, (hoc est, brevia ejus Rescripta) ex lib. 2. Dosithei Magistri, qui veteri Glossario inserta, primum ab Henrico Stephano edita fuerunt, deinde ex Bibliotheca Sancti Galli apud Helvetios, plenius visa a Cujacio 21. *observ.* 5. Sed tantum publice restituta, notisque illustrata a Goldasto, Genevæ in 8.

II. GORDIANI constitutio unica de *nuptiis* contra mandata contractis, & dote caduca, a P. Pithœo accepta, edita a Cujacio 1. *observ.* 11.

III. IV. CODICIS GREGORIANI, & HERMOGENIANI quoque reliquiæ quædam hodie supersunt, a manu, ut dixi, Aniani, seu Gothorum. Quinimmo & B. Augustinus *lib.* 2. *ad Pollentium cap.* 8. cujusdam Constitutionis ex Cod. Gregoriano meminit: Addi possunt & eæ, quæ exinde citantur ab Auctore Collationis Legum Mosaicarum, & Consultationis veteris Auctore, Quinimmo & quæ, a Papiniano libro Responsorum. Quorumnam autem Impp. Constitutiones his Cod. comprehensæ fuerint, ostensum jam alibi.

V. CODEX THEODOSIANUS quoque superest, per gradus quosdam, necdum plane tamen, restitutus. Primum enim a Joanne Sichardo Breviarium Codicis Theodosiani, quale ab Aniani manu profectum, editum fuit, ante hos 100. & quod excurrit annos Basileæ, Ann. Dom. 1528. Postea Joan. Tilius libros octo posteriores integros, non jam ab Aniano decurtatos extulit, & postremo tamen libro adhuc mutilo, Parisiis in 8. Ann. Dom. 1594. Eum secutus Cujacius librum sextum, septimum, octavum integros eruit, una cum supplemento libri postremi a Stephano Carpino acceptos, Lutetiæ in fol. Ann. Dom. 1556. Constitutiones de Senatusconsulto Claudiano lib. 6. contulit Cujacianæ editioni Pat. Pithœus. Supersunt itaque adhuc eruendi quinque priores, & initium libri sexti, quorum Bre-

vi-

viarium tantum ab Aniani manu habemus, quæ frustra hactenus a me quæsita sunt.

VI. NOVELLÆ Constitutiones, post Codicem Theodosianum promulgatæ, tum ab ipsomet Theodosio Juniore, tum & a Valentiniano, aliquot primum ex Aniani Breviario a Sichardo editæ: postea XXX. Novellis auctiores, a P. Pithœo e patris Bibliotecha An. Dom. 1571. Marciani quoque & Majorani, itemque Sever. Novellæ ex eodem Breviario a Sichardo editæ. Majoriani Novellas Cujacianæ Editioni Antonius Oisellus contulit: sed una auctiores Pithœus reddidit: a quo etiam tres Anthemii Constitutiones primum erutæ, sicut in universum 34. Novellas Pithœus dederit.

C A P U T IV.

JUSTINIANÆ *Jurisprudentia, ejusque variæ Editiones.*

DE Justinianæis operibus monuit *Historia Juris Civilis*. De variis tamen eorum Editionibus, & quo progressu paulatim in melius nitidiore cultu restituta ea fuerint, quid singulis editionibus præstitum, moneri expedit. Ut de anterioribus inconditis Editionibus taceam.

I. HALOANDRINA, sive Norica Gregorii Haloandri corporis Justinianæi editio An. Dom. 1531. prima censeri hoc in genere meretur, superioribus omnibus tersior emendatiorque: utpote Pandectas ex collatione Florentinarum manu Politiani olim facta, editis, restitutisque legum inscriptionibus: neque tamen ubique notas Politiani secutus, tum in textu, tum & quoad ὀρθογραφία.

II. HERVAGIANA Basileensis decennio post Ann. Dom. 1541. secuta, a Joann. Hervagio Typographo Basileensi, Alciati, ut scribit, aliorumque Doctorum opera adjuto: in qua secutus Noricam Haloandri editionem, additis Modestini Legibus Græcis in tractatu *excusat. tutor.* & majoribus literarum formis expressis iis, quæ *materialiter* poni a Grammaticis dicuntur, Legum puta, Edictorum &c. verbis, Græcorum quoque interpretationem præstitit. In Codice supra Haloandrinam Editionem loci non pauci, neque momenti exigui restituti, quos & in Annotationes variarum Lectionum retulit.

III. HUGONIS a PORTA Editiones duæ; & posterior quidem limatior: decennio post Ann. Dom. 1552. insecuta Lugduni; Pandectis ad Archetypum Florentinum attentissime collatis: Inscriptionibus Legum restitutis: Græcis sanctionibus insertis, cum Latina Francisci Hotomanni interpretatione.

IV. FLORENTINARUM Pandectarum mox Editio secuta, Ann. Dom. 1553., de qua in Historia Juris.

V. RUSSARDI Editio Lugdun. primum in fol. 1561. dein Antuerpiæ, apud Plantinum secuta, Ann. Dom. 1567. in 8., ubi Pandectæ ad exemplar Florentinum editæ; notæ additæ ex Clarissimis illius ævi Jurisconsultis: Leges conjunctæ, Summaria Duareni addita: Codex ad XV. Exemplaria collatus.

VI. CODICIS Constitutiones Græco-Latinæ quamplurimæ ab Antonio Augustino editæ Ilerdæ in 8., additis Paratitlis.

VII. CONTII editio in 16. Lugduni, apud Guilielmum Rovilium, Ann. Dom. 1571., ubi Pandectæ ad Isotypum Florentinum totidem apicibus retentis expressæ: Duæ Lacunæ sub titul. *de bonis damnatorum*, & sub titul. *de interdictis, & relegatis*, ope Basilicorum repletæ. Codicis Constitutiones quamplurimas Græcas, earumve epitomas plus quam 150 ex Cujacii thesauro, ex Antonio Augustino, & de suo quoque nonnullas addidit. Græcorum Interpretationes in Pandectis Pisanis, sive Bulgari, sive Burgundionis addidit, summaria ex Bartholo per Ghapusium.

VIII. CHARONDÆ. Editio in fol. Antuerpiæ, apud Plantinum Ann. Dom. 1565.

IX. X. XI. Mitto recentiores. Hotomanni, Pacii, postremum omnium Dionysii GOTHOFREDI p. m. editio, jam totius orbis & Augustissimorum Tribunalium consensu recepta est.

NOVELLAS seu Novellarum Justiniani μιξοβάρβαρον primus græce edidit Norimbergæ Gregorius Haloander ex descripto Bononiensi, Ann. Dom. 1531. apud Joannem Petreum; Mox Hervagius Basileensis Typographus, Alciati, ut scribit, aliorumque Doctorum opera adjutus, additis quibusdam, auxit Ann. Dom. 1541. Parisiensis editio tertia insecuta; in qua tamen adhuc multa desiderabantur: Tandem Henricus Scrimgerus Scotus Ann. Dom. 1558. in fol. apud Henricum Stephanum ex Bessarionis Cardinalis MS. Venetiis Novellarum Editionem accuravit, ordine earum restituto, numeroque aucto, quas quadriennio ante Georgins Tannerus Basileensis dederat excudendas. Et hæc de Græco Novellarum authentico.

LATINÆ. Interpretationes Novellarum tres extant: *Vetus*, cujus auctorem sunt qui Bulgarum, vel Bulgari supparem sub Friderico Barbarossa, Cujacius vero 8. *observ. ultim.* Græcum fuisse censet, qui non multo post editionem Novellarum rogatus Occidenti Latinam interpretationem donaverit. Balduinus Mauricio Imperatore, & Gregorio Magno supparem conjicit. Eruditionem ut aliquam Interpretis videre licet, majorem sane quam vulgo creditur (ut recte probavit idem Cujacius) ita verissimum, impolitiarum & stribliginis plenum esse, utpote ubi neque verborum construPio sæpe cohæret, neque rerum sensus percipi potest. Quid quod in hac versione multæ Novellæ desunt, quas ex Græcis libris suppleverunt Haloander, & Scrimgerus. *Itaque secuta Gregorii Haloandri Interpretatio*, quæ Norimbergæ primum prodiit Ann. Dom. 1531., deinde alibi recusa, ut Antuerpiæ in 4. (quam & postea Ludovicus Russardus ex Duareni emendatione recognitam edidit Ann. Dom. 1567.) Tandem successit Henri *Agylæi ad Græcum Scrimgeri Exemplar* Basileæ per Joann. Gervagium Ann. Dom. 1561. in 4. Et veram tamen Interpretationem maluit adhuc Contius: una cum vetere Halomdrinam Hervagius Ann. 1541., & quidem ex opposito Basileensis in fol. Ann. Dom. 1570. & Charondas Ann. Dom. 1575. in fol. junxit. Illud observandum, aliquot Novellas addidisse Contium, quas in decimam collationem conjecit (cum antea novem tantum essent) quas & olim Jacobus de Belviso collegisse, dicitur, & suo Codici adjecisse, hoc titulo *Extravagantium*. Formas Præfectorum seu tria ἐπαρχικὰ contulit Cujacius. Adeundus de his omnibus Index a Contio concinnatus, quo collationem Editionum instituit.

JDLIANI Antecessoris Constantinopolitani liber Novellarum sequitur, circa Ann. 570. confectus; quo is Novellas latine non quidem vertit integras, aut ad verbum, sed in Epitomen contraxit, resecatis prologis & epi-

& epilogis. Liber hic in duos libros distinctus, quorum prior pervenit ad *Novellam* 63. de Jurisdictione Præsid. Hac Novellarum Epitome sub *Novellarum* appellatione usi olim Irnerius, Bulgarus, Azo, Joannes Accursius. Primum Nicolaus, Boerius eam extulit una cum Legibus Longobardorum, etiam cum Scholiis aliquibus: Deinde Ludovicus Miræus eumdem edidit Lugduni apud Joannem Tornesium. Ann. Dom. 1560. Tertia editio est Goltzii, quæ exiit Brugis in 4. 1565. quam Ludovicus Miræus adornavit. Plenior & limatior exiit ab Anton. Augustino, Parisiis 1667., una cum Paratitlis sive Scholiis & variis lectionibus. Huic successit Fr. Pithœi editio Basileæ in fol. apud Petrum Pernam Ann. Dom. 1567. ex fratris Petri Bibliotheca, una cum nonnullis Justiniani & Justini Constitutionibus, addito Glossario sive Interpretatione obscurorum verborum Juliani. De utilitate hujus Epitomes vide Augustini *Præfationem*.

THEOPHILI Institutionum Græca Paraphrasis sequitur, cujus Angelus Politianus jam in Miscellaneis suis meminerat. Eum Vigillus Zvvichemus Frisius ex Bessarionis MS. Venetæ Bibliothecæ, quem a Petro Bembo acceperat, ex altero exemplari Florentino, quod a Joann. Baptista Egnatio habuerat, primus edidit sub Carolo V. Ann. Dom. 1533.; Mox accuratius recusam anno proximo 1534. Parisiis; & ann. 1545. Jacobus Curiatius latine vertit. Ludovicus Miræus Lugduni edidit ann. 1581 Dionysius Gothofredus p. m. ad formam tripartitorum utiliter edidit in 4. Carolus Annibal Fabrottus Antecessor Aquisextiensis ex tribus MSS. Codicibus Bibliothecæ Regiæ Parisiensis recensuit, Græcis auxit; Idemque Jac. Curtii latinam interpretationem emendavit & Notas adjecit, Ann. Dom. 1638. non continentur, partim *bene*, partim *male dicta*: Immo est etiam ubi ab ipso textu recedit. Ut inde colligere liceat, posteriorem Justiniani sæculo fuisse, neque *dubium mihi quin ille sit Theophilus, vel Theophilitzes*, qui inter ceteros *Basilicorum* Interpretes memoratur, circa Ann. Dom. ferme 1000. De harum Institutionum utilitate doctissime præfatus est Viglius. Habet hic Auctor multa, quæ textu Institutionum Præcipua hæc capita, Ordinis continuatio, Protheoriæ seu Evidentialia (ut loquuntur) ad faciliorem intellectum; Dictionum obscurarum interpretatio: Veterum morum solemnium explicatio, quorum nulla vel tenuis in Latinis institutionibus mentio; Græca, quæ in Latinis, vel explicata vel integra: Typica vel solemnia Juris veteris verba explicata: exemplis Regulæ illustratæ; Definitiones expensæ, Rationes consignatæ; Sed & quæstiones quoque varias inter Interpretes exinde decidi posse octo exemplis allatis idem Viglius comprobavit. Ex his jam omnibus statuere licet, Theophilum eo tempore fuisse, quo ceteri Jurisprudentiæ libri adhuc extabant.

JULIANI Antecessoris duas collectiones (circa Annum Domini 579.) ad opera Justiniani relatas extulit quoque P. Pithœus, sub finem Collationis Legum Mosaicarum, quarum una inscribitur *Dictatum de consiliariis*; eaque continetur consilium directum ad quemdam in officio publico constitutum, forte etiam Adsessorem & Consiliarium Judicis, quosnam videlicet Titulos potissimum ex operibus Justinianæis super materiis maximæ practicabilibus legere, atque se instruere necesse habeat. Altera collectio est *de tutoribus & tutelæ actionis*, ubi contrarietates quasdam juris distinctionibus propositis solvit. In iis argumentum continetur nonnullarum Constitutionum, quæ in Justiniani Codice hactenus desiderantur.

GEORGICÆ: seu de re Rustica Leges Justiniani 2. (non nostri) ex *libro 6. Harmenopoli*, de quo postea, primo ingenii foetu a Franc. Balduino, una cum Interpretatione & scholiis editæ Parisiis Anno Domini 1542. in 4. Plenius postea a Simone Sichardio ad exemplar potissimum Anton. Augustini, Basileæ in 8. Anno Domini 1591. una cum legibus MILITARIBUS & NAUTICIS. Annotationibus additis. Tandem inclusæ in Corpore Juris Græco-Romani, *tom.* 2. a. Leunclavio, Francofurti Anno Domini 1596. ex Francisci Pithœi Bibliotheca. Observandum autem, in fine legum Nauticarum subjici sententiam DOCIMI, ex libro quodam ejus juridico, quando videlicet *legibus* Rhodiorum locus sit. Militares sane Leges ex *Rufo* desumptæ, e Francisci Pithœi Bibliotheca inclusæ tom. 2. *Græca Romani pag* 249.

CAPUT V.

POST JUSTINIANEÆ *Jurisprudentiæ reliquiæ, seu Jus* GRÆCO-ROMANUM & ORIENTALE, *ac primo* NOVELLÆ *Imperatorum post Justinianum*.

NOVELLÆ primum Imperatorum post Justinianum variæ earumque collectiones tenendæ: JUSTINI videlicet II. & TIBERII novellæ nonnullæ extant editæ post Justiniani Novellas. LEONIS item Philosophi Novellas seu Constitutiones CXIII. circa Annos Domini 890. legum Correctoriæ ἐπανόρθωσις καὶ καθάρσεως, quibus videlicet Leo quamplurima ex Jure Justinianæo corrigere instituerat: singula capita singulis fere constitutionibus includendo, eaque diligenter rationibus communiendo, quas Agylæus interpretatus est. De quibus Leonis Novellis observandum est, ne quidem Leonis ætate eas satis obtinuisse, exceptis iis, quæ de his Juris capitibus sunt, de quibus nihil aute constitutum erat: hæ quippe receptæ in tritura forensiæ novæ Romæ, veluti *Novell.* 29. 48. 57. 68. 71. 86. 102. 103. 104. quod testantur Græci Interpretes & Pragmatica Michaelis Ducæ & Attaliatæ apud Cujacium 17. *observat.* 31. Item Constantinus Harmenopolis *lib.* 2. *titul* 6. §. 52. *& seqq.* Item Balsamon *ad Nomocanonem Photii titul.* 2. *&* 3. *de precibus*.

VARIORUM deinceps Imper. NOVELLÆ; Heraclii, Constantini V., Basilii Macedonis, Constantini VIII. Romani Lecapeni, Romani IV., Argyropuli, Isaaci Comneni, Alexii Comneni, Joannis Comneni, Emanuelis Comneni, Alexii III. Comneni, Isaac Angeli, Joannis III. Ducæ, qui Sanct. Ludovici temporibus extitit ante 400. annos, variis Editionibus, neque ab uno, erutæ & editæ, puta ab Ehimundo Bonefidio Anno Domini 1573. apud Henricum Stephanum in 8., a Joanne Leunclavio in fine Synopseos Basilicos Basileæ, Anno Domini 1575. 8. in libro cui Titulus Jus Græco Romanum, quem edidit Frecherus Anno Domini 1596. Carolus Labbæus decem auctiores & emendatiores Parisiis in 8. Anno Domini 1606. Quædam recensæ Lugduni Batav. Anno Domini 1617., cum Notis, inter reliqua opera Constantini Porphyrogennetæ.

CA-

CAPUT VI.

NOVÆ JURISPRUDENTIÆ *post Justinianum monumenta.*

CUM trecentos circiter annos in Oriente fletiſſet Juris Juſtinianeæi τὸ πρῶτον incorruptum, in novas formas mutari cæpit.

BASILIUS Macedo cum filiis Conſtantino a Leone Philoſopho interpolandi Juris Juſtinianæi auſpicium fecit, circa Annum Domini 870. Quare Eclogam ſeu πρόχειρον νόμικὸν Juris Juſtinianæi, multis detractis, quæ inutilia putaret, titulis LX. comprehendit, de quo Prochiro V. Cujac. *6. obſerv. 9.* Extat tomo ſecundo Græco-Romani a Leunclavio compilati, hoc titulo, *Libe. Leonis & Conſtantini A. A.* Varie enim hic liber inſcribitur in MSS. modo ſub Baſilii Leonis; modo Leonis & Conſtantini nominibus.

Ab hoc auſpicio MANUALIA ſeu πρόχειρα Juris paſſim in Oriente conſcripta, omnibus ferme cauſarum Patronis, ſive Rhetoribus ſuum ſibi Codicillum & quaſi viæ comitem conficientibus, ut docet Paulus Ægineta *in Præfat.* apud. Cujacium *6. obſerv.* 10.

PARATITLA quoque Juris Juſtinianæi a Græcis inſcripta, id eſt, ſupplementa cujuſque Tituli ex aliis titulis & locis, in unam conſonantiam redactis omnibus Juris Juſtinianæi partibus. Quorum *Paratitlorum* exemplar Antonius Auguſtinus habuiſſe videtur. Libri tres horum Paratitlornm tantum, iique Latini de Græcis facti, quibus materia Eccleſiaſtica continetur, cum Libris duobus Notatorum & Præfatione, quibus ratio Paratitlorum oſtenditur, editi a Joanne Leunclavio Francofurti in 8. MICHAELIS PSELLI ſynopſis legum ad Michaelem Ducam circa Annum Domini 1065. ex juſſu Patris & Imperatoribus verſibus jambicis & politicis, 1513. edita, cum verſione & Notis a Fr. Boſqueto Narbonenſi Juriſconſulto Ann. 1632. Unde Ant. Auguſt. quoſdam laudaverat Ann. Dom. 1632.

NOMOCANON a Photio Patriarcha Conſtantinopolitano circa Ann. Dom. 880. conſcriptus, qui & *Procanon* dictus, quia is liber Canonibus præponitur. *Nomocanon* autem ideo, quia veluti Breviarium eſt Juris Canonici Græcorum, collatione videlicet facta imperatoriarum Conſtitutionum Eccleſiaſticarum cum Canonibus Conciliorum, & veterum Patrum Epiſtolis Canonicis: Hunc Nomocanonem, ſive Procanonem Conſtantinus Porphyrogenneta, idem ille, qui & Baſilicorum libros, de quibus mox, repurgavit, ut docent Græci, ad *leg. ultim. Cod. de cuſtod. reor.* apud Cujac. *6. obſerb. 9.* Ad eum poſtea Commetarios edidit circa Ann. Dom. 919. ut Nicetas ſcribit *in Iſauoo Angelo*, juſſu Manuelis Imp. Theodorus Balſamo Antiochenus. Nomocanonem cum Commentario ex Bibliotecha Tilii primus eruit Gentianus Hervetus, & Latinum hactenus de Græco fecit in fol. Ann. Dom. 1561. Succeſſit altera interpretatio Henrici Agylæi. Tandem Græco Latine editus ex Bibliotheca Palatina a Chriſtophoro Juſtello in 4. Ann. Dom. 1615.

BASILICORUM Libri LX. quod ἑξήκοντα βίβλ, ſuccedant, quibus videlicet commixti unam in conſonantiam libri omnes Juſtinianæi, ſub eodem Legum ordine, reſecatis ſuperfluis, redacti fuere. Id opus a Baſilio Macedone primum inſtitutum, teſte Cedreno & Leone *Novellor.* 71. Leone VI. Philoſophus Baſilii Macedonis filius (idem ille, qui & Novellarum auctor) teſte Cedreno, Harmenopulo & Balſamone, de quo vide Cujacium *6. obſerv. 9.* Pſello, Michaele Attaliate Bleſtare circa Annum Domini 880, operaque Sabbathii Protoſpatharii perfecit. Secutus Conſtantinus Porphytogenneta Leonis F., idem ille, qui Nomocanonem repurgavit, is ἀνακάθαρσιν, ſeu nova repetitione repetitaque prælectione, circa Annum Domini 910. (vide Cujac. 9. *obſerv.* 10.) id edidit, unde βασιλικῶν auctor a Lutprando aſſertus. Et nactum id opus varios Interpretes Græcos, qui Commentarios & Gloſſa in id ſcripſerunt, non minore turba, quam Juſtinianæum Latinos, circa idem ferme tempus, cujuſmodi Theodoretus, Dorothæus, Thalelæus Cyrillus, Joannes Stephanus, Enanthiophanon Scriptor: De horum Baſilicorum utilitate fidem fecit tribus exemplis prolatis, *doctiſſima præfatione in Theophilum* Viglius qui quinque ex his Baſilicorum libros habuit, 38. 39. 40. 41. 42. Item Antonius Auguſtinus, ſed Cujacius, & Contius cum maxime. Ex his LX. Baſilicorum Libris vix decem cum hæc primum ſcriberem, ſupererant, iique Latini: A Gentiano Herveto editi ſeptem, puta 28. 29. 30. 45. 46. 47. 48. Anno Domini 1556. & hi quidem quatuor ultimi integri, priores mutili. A Cujacio Liber LX. ſuæ Interpretationis Anno Domini 1565. Poſtremum a V. CL. Carolo Labbæo ex ejuſdem Cujacii interpretatione editi ſunt liber 38. & 39. Pariſiis in fol. Anno Domini 1609., una cum indice titulorum Libri XL. XLI. XLII.

Tandem ex Bibliotecha Regia auſpiciis Illuſtr. Franciæ Cancellarii Petri Seguierii, Græca Baſilica cum Interpretatione edidit Fabrotus ante trienniutu ferme, novendecim tamen libris mutila; Ita ut 41. tantum libri extent.

SYNOPSIS ſeu Ecloga horum Baſilicorum quoque confecta; cujus libri auctorem quidem vaticinantur Romanum Juniorem Lecapenum. Ea κατὰ στοιχεῖον, 12. eſt, ſecundum ordinem litterarum, & elementorum confecta fuerat, unde Μικρὸν κατὰ στοιχεῖον nuncupatum, quod etiam Budæus viderat; de quo vid. Cujacius 4. *obſ.* 10. Eam Tarenti apud Calabros a Sambuco repertam edidit, & evertit Joannes Leunclavius Baſileæ in fol. Ann. Domini 1575. Adnotationibus etiam additis, non eo tamen ordine, quo compoſita fuerat, id eſt, non κατὰ στοιχεῖον, ſed juxta ordinem Baſilicorum ipſorum.

ATTALIATÆ Michaelis quoque, Synopſis alia Baſilicorum extat, cujus titulus πόνημα νομικὸν ἤτοι πραγματικὸν. Michaelis Ducæ Imperat. juſſu anno ejus Imperii 3. circa ann. Dom. 1070. conſcripta *Tomo ſecundo Juris Græco-Romani* incluſa Leunclavio, a Fabroto edita.

EUSTATHIJ Anteceſſoria libellus περὶ χρονικῶν, διαστημάτων, ſeu de intervallis temporum, vel ut alii loqui amabant, *de diverſis temporalibus præſcriptionibus*, a momento uſque ad 100. annorum ſpatium, qui tam ad Juſtinianæos quam ad Baſilicos libros refertur, editus primum a Simeone Schardio Baſileæ in 8. ann. Dom. 1561. Mox plenius a Cujacio: Tandem a Leunclavio Tom. II. Juris Græco-Romani.

CONSTANTINI HARMENOPOLI *Judicis* Theſſalonicenſis πρόχειρον, ſive ἑξάβιβλον circa an. Dom. 1150. idque non jam poſt promulgationem Baſilicorum, conſcripſit, allegatis operibus Juſtinianæis adhærens, conſcripſit, allegatis Novellis Imperat. uſque ad Manuelem Comnenum, qui

qui imperavit ann. Dom. 1145. Eum extulit primus Sualembergius.

GLOSSÆ veteres Græcæ hoc agmen claudant, quæ docta & concisa brevitate ordine Alphabetico verborum, & vocum secretiorum Juris Romani, quæ in Justinianæis libris, & Basilicis occurrunt, interpretationem continent, seu præstant. Harum Glossarum nonnulla scriptis suis jam inseruerant, Alciatus, Cujacius, Brissonius, Pithœus, Fornerius. Edidit eas ex Regia Bibliotheca, simul & Notis illustravit Carolus Labbæus ann. Dom. 1606. Parisiis in 8. Sed pleniores adhuc eæ extant apud Jacobum Sirmondum.

Et hactenus quidem quæ publici juris facta sunt hunc ad idem veteris Jurisprudentiæ monumenta: & postremum quidem Græciæ inclinantis. Multa alioquin alia extant adhuc in nonnullis Bibliothecis, Vaticana, Parisiensi, inedita ejusdem Græciæ: quorum notitiam confecit Josephus Maria Sauresius Præpositus Avenionensis, mox Episcopus Vasionensis ad Urbanum VIII., pr. m. scripto quodam, quod *Notitiam Basilicorum* inscripsit, quodque Basilicorum editioni nuper additum est.

F I N I S.

IN-

INDEX CAPITUM HISTORIÆ ET BIBLIOTHECÆ JURIS CIVILIS.

Historia seu progressus Juris Civilis Romani.

Bibliotheca Juris Civili. Romani.

INDEX RUBRICARUM.

SECUNDUM LIBRORUM ET TITULORUM ORDINEM.

LIBER I.

25. De

LIBER II.

ARNOLDI VINNII JC.

IN LIBRUM PRIMUM INSTITUTIONUM IMPERIALIUM

COMMENTARIUS ACADEMICUS ET FORENSIS

CUM NOTIS AD TEXTUM.

PROŒMIUM.

De Confirmatione Institutionum.

IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU CHRISTI.

IMPERATOR CÆSAR FLAVIUS JUSTINANUS, ALEMANNICUS, GOTHICUS, FRANCICUS, GERMANICUS; ANTICUS, ALANICUS, VANDALICUS, AFRICANUS, PIUS, FELIX, INCLYTUS, VICTOR AC TRIUMPHATOR, SEMPER AUGUSTUS, cupidæ Legum juventuti S.

IMPERATOR) nomine etsi appellarentur omnes exercitus ductores, [illegible], proprie tamen id tribui solebat iis, qui re bene gesta, hoc honoris titulo acclamatione militum vel decreto Senatus decorati essent. Post occupatam Rempublicam perpetuum Principis prænomen esse cœpit ex SC. Hotomanus ex *Cic. Tacit. Sueton. Dion. Appian.* VINN. Sed tamen Byzantini Imperatores plerique hoc cognomen dimiserant ante Justinianum nostrum, qui illud primus revocavit in usum, primus postliminio veluti renunciatus, [illegible] uti testatur Agathias l.6. p. 157. Ez. Spanhem. *de usu & præst. num. Tom.* 2. *Diff.* 22. p. 403. HEIN.

CÆSAR) Cognomen familiæ in gente Julia, quod post C. Julium factum est hæreditarium Imperatorum. Procedente tempore, eodem nomine appellati, & qui vivo Imperatore designati augustæ majestatis hæredes, *l.* 7. *Cod. de malef. & mathem.* Spartian. *in Ælio Vero*, ubi & hunc ipsum primum Cæsarem ea ratione appellatum testatur. Hodie *Reges Romanorum* vocantur. VINN. Ita quidem Spartianus in *Æl. Ver. c.* 2. contra Aurel. Vict. *cap.* 12. *in Trajano* ab Hadriani demum adoptione divisa esse, ait, Cæsarum & Augusti nomina. Neuter accurate. Omnes Principum liberi dicti sunt Cæsares, jam a Neronis temporibus. Domitianus, statim interfecto Vitellio, hoc tamen obtinuit, Tacit. *Hist. Lib.* 3. c. 86. Hinc nummi Titi & Domitiani Cæsarum apud Spanhem. *Tom.* 2. *pag.* 351. Ita & Trajanus Cæsar consalutatus statim post adoptionem. Conf. Pagi *Crit. Bar. ad ann.* 69. & 97. Postea destinati imperio Candidati dicti sunt, *nobilissimi Cæsares*, quod nomen in nummis Philippi junioris primum occurrit; at ante eum idem legitur in marmore Maximo Maximini filio dicato apud Gruter. p. CLI. vid. Ez. Spanh. *de usu & præstant. num. Diff.* 12. §. 2. p. 457. & *seq.* HEIN.

FLAVIUS) *A Vespasiano Imperatore* hoc nomen manavit, *quem e Flavia gente nova* & ignobili fluxisse, Suetonius auctor est.

JUSTINIANUS) Nomen hoc Imperatoris nostri proprium fuit; idque etiam habuit ante adoptionem: ex quo apparet, non esse productum a nomine Justini avunculi & patris adoptivi; ut quidam putant.

ALEMANNICUS: GOTHICUS, &c.) Agnomina a devictis, aut bello lacessitis gentibus ducta: Seneca *l.* 1. *de Clem.* 14. scribit, assentantem populum ambitiosæ majestati tribuisse, quidquid potuit congerere titulorum. VINN. Hunc morem devictarum gentium vocabula nominibus adscribendi jam pridem ante Justinianum servarant Imperatores. Solius *Judaici* cognomen ob religionis odium & gentis contemptum adspernatus est uterque Vespasianus. Cæterum hæ gentes omnes notæ non sunt præter *Anticam*. Et sic plerisque interpretibus aqua hæsit. Verum non *Anticum*, sed *Ponticum* legendum esse, recte monuit [illegible], Spanhem. *ibid. Diff.* 12. §. 14. pag. 504. *Tom.* 2. *Lazos* enim *Abasgos* & *Thezanos* ad Pontum Euxinum subegerat. Unde & alibi dicitur *Lazicus* Nov. 43. HEIN.

FRANCICUS) Theodibertum Francorum regem gravissime tulisse refert Agathias, quod Justinianus, velut devicta gente Francorum, Francici titulum sibi sumpsisset, Postea etiam Gepidicum & Longobardicum se dixit, quod eas quoque gentes irritavit, *Cujac. & Grot. ex Agathia.*

PIUS) Prius hoc cognomen obtinuit Antoninus Hadriani successor, Capitol. *in Anton. c.* 2. Inde ad alios descendit, Justin. *Nov.* 78. c. 5. [illegible Greek]

nen. VINN. Conferendus omnino Ezech. Spanhem. *Diss.* 12. §. 6. *pag.* 434. *seq.* T. 2. HEIN.

FELIX) Usurpavit hoc cognomen Commodus, ut historiæ testantur, quem plerique successores imitati appellationem hanc Justiniano tradiderunt. VINN. Ast hujus cognominis, jam suo tempore Imperatoribus dati, meminit Seneca, *Lib.* 1. *de Clem. cap.* 14. HEIN.

TRIUMPHATOR) Triumphasse legitur de Persis & Vandalis. Varro l. 7. *de ling.* scribit triumphare sic appellatum esse, *quod cum Imperatore milites redeuntes clamitant per urbem in Capitolium. eunti, Io, triumphe, io.*

AUGUSTUS) Nomen hoc primum Octavio a Senatu tributum: ductum ab eo, quod loca, in quibus augurato quid consecratur, augusta nominantur. Suet. *in August. v.* 7. Alii ab augendo Imperio dictum putant: unde illud hodieque *Zu allen Zeiten Mehrer des Reichs*. Wesemb. VINN. Eodem sensu Manasses in *Politis*; Αὔγουστος, inquit, αὐξάνων. Contra in *Novel.* 17. ἀεὶ σεβαστὸς, redditur *semper adorandus*. HEIN.

Ut Plato legislationis tres vult esse partes, Procœmium, Legem, & Sanctionem, ita hujus Constitutionis eadem deprehenduntur membra. I. Procœmium, quo suum legislationis studium commendat, usque ad §. 3. II. Legislatio, usque ad §. pen. III. Sanctio. *VVesemb. hic*.

De usu Armorum & Legum.

IMperatoriam majestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus & bellorum & pacis recte possit gubernari: & Princeps Romanus non solum in hostilibus præliis victor existat, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellat, & fiat tam juris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator (magnificus.)

ARmis decoratam) Imperator utrumque Reipub. tempus sine armorum ac legum præsidio recte administrare non potest: in quam sententiam præclara quædam hic adspersa ab *Hotom. & Grot. ex Arist. Plat. Liban.*

Legibus armatam) Munitam & instructam M. Tullius *lib.* 1. *de Offic.* scribit, Lacedæmoniorum imperium multo plus Lycurgi legibus & disciplinæ debere, quam aut Pausaniæ, aut Lysandri rebus gestis, *Parvi enim*, inquit, *c.* 22. *sunt foris arma, nisi sit consilium domi, &c.* Est autem hic χιασμὸς κατὰ τὸν τῆς ι-χνῶν τύπον, tribuit armis decorari, legibus armari. Theoph. verbum pro verbo reddidit, ὅπλοις κοσμεῖσθαι, νόμοις, ὁπλίζεσθαι.

Victor existat) Sensus est apertus, Imperatorem non ex armis tantum, sed etiam ex legibus gloriosam sibi victoriam comparare.

Legitimos tramites) Ea ratione, quam leges præscribunt. Theophilos convertit, ἐννόμοις ἐπινοίαις, legitimis inventis. Imperator non tantum hostibus debellandis, verum etiam calumniatoribus coercendis, victoris nomen adipiscitur.

Calumniantium) Pars pro toto, improbitas, quæ in judiciis versatur, de quo proprie verbum calumniandi intelligitur, pro omni, quæ in pacata civitate admittitur. Cicero 2. *de Repub. Ut Corneadi respondeatis, qui sæpe optimas causas ingenti calumnia ludificari solet.*

Juris religiosissimus) Juris ad summam religionem observantissimus. Dion. Halicarn. *lib.* 5. [Greek, partly illegible] δικαιότατος τε καὶ ὁσιώτατος.

Magnificus) Abest hæc vox a veteribus libri testibus Cujac. & Hotom. nec Theophil. agnoscit.

De bellis & legibus Justiniani.

1. *Quorum utramque viam cum summis vigiliis summaque providentia, annuens Deo, perfecimus. Et bellicos quidem sudores nostros Barbaricæ gentes sub juga nostra redacta cognoscunt, & tam Africa, quam aliæ innumeræ provinciæ post tanta temporum spatia, nostris victoriis a cælesti Numine præstitis, iterum ditioni Romanæ nostroque additæ Imperio, protestantur. Omnes vero populi legibus tam a nobis promulgatis, quam compositis reguntur.*

1. *Utrumque viam*) Justinianus & gloriam sibi peperit victis hostibus, & juris æquabilitatem inter circa, suos retinuit.

Barbaricæ gentes) Significat Persas in Syria, Vandalos in Africa & Italia, Gothos in Italia & Sicilia.

Redactæ) Vet. *deductæ*, & ita Cujac. & Hotom.

Innumeræ) Vet. *numerosa*, id est, multæ, sic enim locuti sunt Cassiod. Oros. Eutrop. & alii Scriptores συχνὰς, Theoph. tamen ἀναρίθμητοι.

Post tanta temporum spatia) Post annos 95. quibus Vandali Africam tenuerunt, *l.* 1. *Cod. de offic. præf. Afric.* Adstipulatur Procop.

Ditioni Romanæ) Postquam sedes imperii Constantinopolim, quæ antea Byzantium, postea etiam nova Roma, translata fuit, Imperium Romanum a Constantino & Gallieno in duas partes divisum, orientalem & occidentalem, & utrique parti suæ provinciæ attributæ. VINN. Non a Gallieno, sed a Galerio: nec in duas, sed in tres partes. Galerius enim Orientem, Constantinus Transalpinas Provincias, Maxentius Italiam accepit. Eutrop. *lib.* 10. cap. 1. HEIN.

Promulgatis) Promulgatas suas, compositas alienas intelligit, id est, ex veteri jure in unum collectas & dispositas.

De Compositione Codicis & Pandectarum.

2. *Et cum sacratissimas constitutiones antea confusas in luculentam ereximus consonantiam, tunc nostram extendimus curam ad immensa veteris prudentiæ volumina & opus desperatum quasi per medium profundum euntes, cælesti favore jam adimplevimus.*

2. *In Luculentam ereximus consonantiam*) Intelligit Codicem priorem, quem altero Imperii sui anno componi jussit 528. & anno insequenti edidit. In hunc, Principum Constitutiones vage per tres Codices, Gregorianum, Hermogenianum, Theodosianum, dispersas collegit, *const. de nov. Cod. fac. & de Just. Cod. confirm.* Sed eum non habemus. Post Idem Codex iterum emendatus est, & multis locis recognitus, additus 50. decisionibus, quo hodie utimur. VINN. Prior ille Codex promulgatus VII. Id. April. anni DXXIX. dictus est Justinianæus. *Nov.* 66. *c.* 1. §. 1. Paul. Diac. *Lib.* 1. *cap.* 25. Posterior, quo hodie utimur, dicitur Codex repetitæ prælectionis, *Conf. de codic. emend.* §. 3. publicatus. XVI. Kal. Dec. anni DXXXIV. HEIN.

Ad

Ad immensa veterum volumina) Quarto Imperii anno, Lampadio & Oreste Conss. 530. Pandectas componi jussit, edidítque & confirmavit anno Imperii sexto, ipso III. Cos. eodemque anno compositæ Institutiones & promulgatæ uno mense ante Pandectas: ut Pandectæ compositione priores sint Institutionibus, confirmatione posteriores. Codicem repetitæ prælectionis promulgavit anno proximo, ipso IV. & Paulino Conss. 534. Hæc perspicua sunt ex constitutionibus ad juris compositionem pertinentibus. Novellarum liber diem non habet.

Immensa volumina) Innumera veterum scripta, quæ in bis mille libros & aliquot centena millia versuum excreverant, *l. omnem*, §. 2. *de concept. Dig.*

Per medium profundum) Per medias difficultates Liv. 3. cap. 1. *Provideo animo in vastiorem me altitudinem ac velut profundum invehi.*

De tempore, auctoritatibus, fine & utilitate compositionis Institutionum.

3. *Cumque hoc, Deo propitio, peractum est, Triboniano Viro magnifico, Magistro, & Exquæstore sacri palatii nostri, & Exconsule; nec non Theophilo & Dorotheo, Viris illustribus & antecessoribus, (quorum omnium solertiam, & legum scientiam, & circa nostras jussiones fidem, jam ex multis rerum argumentis accepimus,) convocatis mandavimus specialiter, ut ipsi nostra auctoritate, nostrisque suasionibus Institutiones componerent, ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab imperiali splendore appetere, & tam aures quam animi vestri nihil inutile, nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtinere argumentis, accipiant. Et quod priore tempore vim post quadriennium prioribus contingebat, ut tunc constitutiones Imperatorias legerent, hoc vos a primordio ingrediamini, digni tanto honore, tantaque reperti felicitate, ut & initium vobis & finis legum eruditionis a voce principali procedant.*

3. *Magistro*) Scilicet officiorum, penes quem cura est totius pene aulæ & palatii. Gallis *Prevost de l'Hostel.* Cujac. *in lib.* 3. *C. de præpos. sacr. cubic. lib.* 12. VINN. Immo non tam aulæ, quam consistorio Principis præerat, dictus ideo gubernare officia palatina, *L.* 2. *Cod. Theod. de Judæis.* Hinc in comitatu Principis erat, ad eumque referebat ex libellis Magistratuum, vid. Gothofr. *Notit. dignitat. ad Cod. Theod. pag.* 326. *Tom.* 6. HEIN.

Exquæstore) Quæstor ætate Justiniani is erat, quem nostra ætas Cancellarium vocat, ut *pass. in Cod.* hoc est ad quem cura legum & juris pertinent. Custos legum & famæ publicæ appellatur in *Nov.* Valentiniani *de homic. cas. fact.* & a Cassiod. aliquot locis. Exquæstores & Exconsules a Justiniano dicuntur, qui a Latinis, Quæstorii & Consulares. VINN. Vid. omnino Cassiod. *Var.* 12. *v.* 14. HEIN.

Antecessoribus) Juris Interpretibus, ac Doctoribus ἐξηγηταῖς, ut pass. in *præf. Pand.* [illegible] *l.* 6. §. 12. *ff. de excusat. tut.* Qui forum sequebatur, Togati; qui scholas, Antecessores, & Professores dicebantur.

Primo legum cunabula) Prima legum fundamenta, στοιχεῖα, seu elementa, primam legum audientiam appellat in *l. un C. de nud. jur. quirit. tollend.*

Antiquis fabulis) Jus antiquum & obsolutum intelligit, quo referti erant veterum Jurisconsult. libri.

Rerum obtineat argumentis Huc pertinet illud Aristippi apud Laertium, qui percontanti cuidam, quæ potissimum ad lescentibus essent discenda, respondit, quæ viris usui futura sunt.

Post quadriennium) Theophil. [illegible]. Sed aut erravit ipse, aut corrupti Codices, ut patet ex præfat. ad antecess. Fabrot. in not. ad Theoph.

Digni tanto honore, tantaque reperti felicitate. Digni reperti tanto honore ac tantaque felicitate. Theop. [illegible] dignati & assecuti.

Divisio Institutionum.

5. *Igitur post libros quinquaginta Digestorum, seu Pandectarum, in quibus omne jus antiquum collectum est, quod per eumdem virum excelsum Tribonianum, nec non cæteros viros illustres & facundissimos confecimus; in quatuor libros easdem Institutiones partiri jussimus, ut sint totius legitimæ scientiæ prima elementa.*

4. *Pandectarum*) Pandectæ [illegible], quod omnis generis leges complectantur. Harmenopol. *l.* 1. tit. 1. §. 6. VINN. Eamdem vocabuli rationem ipse Justinianus reddit, *quod omnes disputationes & decisiones in se habeant legitimas, & quod undique fuit collectum, hoc in sinus suos receperint, l.* 1. §. 12. *Cod. de vet. Jur. Enucl.* Sed non Justinianus hujus tituli auctor. Pandectas enim & digesta jam scripserant Ulpianus, Modestinus, immo & Sabinus, Julianus, Alfenus Varus, Celsus, Marcellus, & alii. HEIN.

Collectum est) Libri veteres, teste Hotom. *collatum est.* Et ita Theoph. [illegible].

Cæteros) Præter Tribonianum, Theophilum, Dorotheum, tredecim aliis usus est Justinianus, quos enumerat & nominat *in præfat. Digest.*

In quatuor libros) Apud Theophil. abundant verba, [illegible]. Fabrot.

Quid in Institutionibus contineatur?

5. *In quibus breviter expositum est, & quod antea obtinebat: & quod postea desuetudine inumbratum, Imperiali remedio illuminatum est.*

5. *Desuetudine*) Theophil. ἀσυνηθείᾳ, quasi dicat insuetudine. Significat autem jura antiqua & antiquata, qualia multa in argumentis usucapionum, exhæredationis liberorum, legatorum, successionum ab intestato, bonorum possessionum, satisdationum, &c.

Illuminatum est) Theoph. [illegible]. Intelligit autem & desuetorum quorumdam in usum revocationem, & aliorum vel interpolationem, vel abolitionem.

Ex quibus Libris compositæ sint institutiones? atque earum recognitio, & confirmatio.

6. *Quas ex omnibus antiquorum institutionibus, &*
precipue ex Commentariis Gaji nostri, tam institutio-
num, quam rerum quotidianarum, aliisque multis
Commentariis compositas, cum tres viri prudentes præ-
dicti nobis obtulerunt, & legimus, & recognovimus,
& plenissimum nostrarum Constitutionum robur eis accom-
modavimus.

6. *Præcipue ex Commentariis Gaji*) Hoc ita esse vel ex reliquiis scriptorum Gaji, quæ in Pandectis supersunt, cuivis animadvertere licet; sæpius enim hujus unius, quam cæterorum omnium verba in his libris proferuntur.

Nostri (Benevolentiæ significatio, ac sic plerumque prædecessoris qui nostræ fuerunt professionis, appellamus *Scævola noster* apud Paulum & Triphonium sæpe apud Pomponium *Gajus noster. leg. pen. ff. de stip. serv.* Floruit sub Hadriano & Marco *l. 7. ff. reb. de dupl. l. pen. ff. ad Sc. Tertul.*

Recognovimus) id est, corrigendi causa diligenter & attente legimus. Cic. *pro Balb. c. 5. Nos Cn. Pompeji judicium de consilii sententia pronunciatum recognoscemus,*

Constitutionum robur eis accomodavimus) His verbis indicatur Institutionum confirmatio. Unde hæc præfatio Theophil. *ἀνέγνωμεν βεβαιώσαντα καὶ ἐκυρώσαμεν.*

Adhoratio ad studium juris.

7. *Summa itaque ope, & alacri studio has leges nostras accipite: & vosmet ipsos sic eruditos ostendite, ut spes vos pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfecto posse etiam nostram Rempublicam in partibus ejus vobis credendis gubernari; D. CP. XI. Kalend. Dec. D. JUSTINIANO PP. A. III. COS.*

7. *Summa ope & alacri studio*) Epilogus exhortatorius, ut in suasoriis usitatum, a spe, & expectatione præmiorum, Cic. *de orat. cap. 8. Pergite, ut faciatis adolescentes, atque in id studium, in quo estis, incumbite, ut vobis honori, & amicis utilitatis, & Reipub. æmolumento esse possitis.*

D. CP. XI. Kal. DECEMB.) Id est, *Data Constantinopoli XI. Kalendis, Domino Justiniano perpetuo Augusto tertium Consule.* In quibusdam libris, PP. quasi *Patre Patriæ*, quod ejus temporis consuetudo repudiat. Hotom VINN. Quamvis ex hac subscriptione pateat, Institutiones prius, quam Pandectas confirmatas, auctoritas tamen utriusque libri ab eodem die 3. Kal. Jan. dependet, *t. 2. §. penult. Cod. de Vet. Jur. enuc.* Unde non semper Pandectæ derogant institutionibus: sed observandæ sunt regulæ B. Huber. *in præl. ad h. l. §. 10.* HEIN.

TITULUS PRIMUS.

DE JUSTITIA ET JURE.

Concord. Lib. 1. Tit. 1. Dig.

1. *Partitio & series totius operis.*
2. *Justitiæ vulgata distributio explicata.*
3. *Etiam universalem justitiam disciplina civili propositam.*
4. *Utrum justitiæ in universalem & particularem distributio necessaria? sceptice.*
5. *Varia juris significata, & qua in significatione hoc verbum hic accipiatur?*
6. *Summa eorum, quæ hoc titulo traduntur.*

(1) DUO hæc in omni jure constituto insunt: jus ipsum seu lex, quæ jubet & constituit; tum res, quæ eo jure jubetur constituiturque: ac proinde universi juris tractatio duabus partibus continetur; quarum una est de jure constituente, sive de legibus qua naturalibus, qua civilibus: altera de jure constituto, sive de eo, quod legibus sancitum cautumque est. Et quia prima natura quæstio est de jure constituente: de eo etiam primo loco veteres tractaverunt: quod non modo in his Institutionum libris, sed etiam in Pandectis animadvertere licet. Nam prima quæstio ponitur atque absolvitur quatuor titulis in vestibulo sive ingressu Pandectarum: reliquo opere agitur de jure constituto. Idem & in Institutionibus nostris observatum est, siquidem duo priores tituli hujus libri primam quæstionem continent: reliqua parte operis altera quæstio, quæ multo latius patet, tractatur, atque ἐν διαιρετικῷ absolvitur, initio facto a discretione materiæ sive subjecti hujus scientiæ, quæ divisio in hac quæstione omnium prima est generalissima. 3. Inscribitur hic titulus *de justitia & jure*. Aristoteli & plerisque moralis Philosophiæ professoribus justitia duplex est universalis, & particularis. Ad universalem pertinet tritum illud Poetæ gnomologi.

Ἐν δὲ δικαιοσύνῃ συλλήβδην πᾶσ' ἀρετή ἐστι.

(2) Comprehendit scilicet in se hæc justitia etiam aliarum virtutum omnium officia, peculiari tamen cum respectu quatenus nimirum illa necessaria sunt, aut conducunt ad perfectionem & conservationem civilis societatis, ut ne quid admittatur contra rationem aut honestatem, quod non admitti vel publice vel privatim intersit. Hæc eadem justitia & legalis dicitur, propterea quod non minus late pateat quam ipsæ leges, quæ etiam sunt regula & norma hujus justitiæ; unde a Cic. *lib. 1. de legib. c. 15.* definitur: *Obtemperatio scriptis legibus & institutis populorum*: ab Aristotele *lib. 5. Eth. 1. Obedientia erga omnes leges.* In summa hæc justitia a virtute in genere non differt essentia, sed habitu tantum, quod quando consideratur ut habitus animi, dicatur virtus simpliciter; quando ut civilis societatis conservatrix, justitia, auctore Michaele Ephesino ad *d. loc.* Arist. Vitium huic legali justitiæ oppositum dicitur, *παρανομία*. Particularis justitiæ duas species constituunt, quarum alteram *διανεμητικὴν* Aristoteles vocat, id est, *distributivam*; alteram *συναλλακτικὴν* id est, *commutativam*. Distributiva respicit *ἀξίαν* quod quisque meretur. quod cuique convenit, sive id præmium sit, sive pœna, sive honor, sive onus. Commutativa suum cujusque proprie sumptum spectat, & alio nomine melius *διορθωτικὴν* a Philosopho appellatur, nam ut possessor rei meæ eam mihi reddat, non est ἰκανῶς ἄλλα μάτε, & tamen ad eamdem hanc justitiam pertinet. Illud quoque perpetuum non est quod plerique tradiderunt, a justitia commutativa respici proportionem simplicem, quam arithmeticam vocant, a distributiva comparatam, quam appellant geometricam, quæ mathematici & revera sola proportio est; neque enim per se justitia commutativa a distributiva differt tali proportionum usu, sed objecto & materia circa quam versatur. Nam & contractus societatis expletur proportione comparata, & sic unus tantum aptus inveniatur ad munus publicum obeundum, non alia quam simplici commensione attributio fit: & contra, si quis de suo legare velit, distributiva justitia uti solet, & merita considerare, *l. 9. ff. pro soc.* Sed & in delictis coercendis pœnarumque irrogatione modo arithmetica, modo geometrica proportio servatur: quod tamen totum est justitiæ distributricis. D. Grot. 1. *de jur. bell. & pac. cap. 1. n. 8.* Vitium peculiari justitiæ oppositum *πλεονεξία* dicitur, cujus verbi vim Latini per vocem *injuriæ* fere exprimunt. (3) Disciplina civilis non dirigit internas animi functiones, sed potissime versatur circa justitiam particularem in ejus juris obedientiam animos formans, cujus executio in judiciis urgetur. Negari tamen non potest, quin interim quoque spectet justitiam universalem, quæ omnium virtutum officia complectitur.

Docet

Docet enim juste videndum esse secundum omnes leges; ipsaque adeo juris præcepta omnem speciem virtutis & honestatis continent, certe quatenus eo spectant, ut juste vivatur, & civium inter se honesta sit societas, quod hic quærimus. Et vero si legibus & legumlatoribus proposita est universa virtus, ut sane est, cum beatitudo civilis sit universarum legum summa, teste Platone 5. *de legib.* etiam legum scientiæ & consultis eadem proposita erit: neque enim minus late patet officium Jurisconsulti in legibus interpretandis, quam legislatoris in sanciendis; totoque falluntur judicio, qui officium Jurisconsulti cancellis forensium causarum circumscribunt. Utique illa: *Hominem mortuum in urbe ne sepelito, neve urito: rogum ascia ne polito, mulieres genas ne radunto, neve lessum funeris ergo habente*, & similia lege duodecim Tab. cauta, nullo modo ad justitiam particularem referri possunt. Quod si quid in hujusmodi quæstione valere debet auctoritas Principis, ipse Justinianus *Nov. 69. in pr.* diserte ait: *justitiam illam quæ singulis virtutibus assistit, easque ad debitum finem perducit*, etiam finem esse legum prudentiæ. Temperare mihi non possum, quin illud hic subjungam, esse qui vulgatam illam justitiæ distinctionem negant esse necessariam: ( ) & simplicius esse contendunt, si unum tantum justitiæ genus esse dicamus. Quod si verum est, sublata erit hæc disputatio. Hi ita differunt, Ut singularum virtutum omnium, ita & justitiæ unum genus esse, ἀποφατικὴν πᾶσαν ἀδικίαν, ἢ ἀδικίας, sicut ex contrario nec duo injustitiæ genera sunt, sed unum tantum, sive τὸ ἄνισον dicas, sive παράνομον utrumque enim omnem comprehendere injustitiam, etiam ipsum Aristotelem docere: neque παρανομίαν & πλεονεξίαν genera esse opposita, sed hanc illius speciem, hoc item & Aristotelem fateri. Ad hæc non simpliciter verum esse, quod reliqua injustitiæ genera non tantum pugnent cum justitia, verum etiam cum alia virtute: πλεονεξία autem cum sola justitia: quo maxime argumento ad distinctionem suam probandam utitur Aristoteles. Posse quidem in una actione cum alio vitio injustitiam concurrere: cæterum nullas actiones injustas, quatenus injustæ sunt, cum alia virtute directo pugnare, sed cum justitia dumtaxat: sicut nec ex contrario alia vitia cum justitia, sed cum oppositis sibi virtutibus. Ut ecce: Qui adulterium committit, eum & injustum esse, quod alienum violat torum, & intemperantem propter expletionem libidinis. Jam vero violare torum alienum, quod est injustitiæ, non pugnare cum temperantia (quid enim, si quis quæstus sui causa id fecerit?) nec explere libidinem cum Justitia non magis, quam si quis libidinis explendæ causa cum scorto congressus sit. Denique ex hoc etiam exemplo patere, posse & πλεονεξίαν eodem modo cum alia virtute committi: nam adulterum & πλεονέκτην esse sive injurium, & intemperantem. Innumera vero afferri posse, quæ cum sint, ἄνομα & in speciem πλεονεξίας non cadant, cum nulla tamen alia virtute pugnent, quam cum justitia. Nam si quis e decem, quos habebat, sex servos testamento manumiserit: aut si minor viginti annis servum manumiserit, non dicta apud Concilium causa; utrumque injuste facere, illum contra legem Fusiam Caniniam, hunc contra legem Æliam Sentiam, neutrum tamen injurium esse, neutrum ignavo aut intemperanter facere. Si vir uxori quippiam donaverit: si fundum dotalem cum sensus uxoris alienaverit aut obligaverit: si fœmina intercesserit: si filiofam. pecunia mutuo data sit: si frater sororem adoptivam uxorem duxerit; hasce actiones omnes & similes injustas esse, & legibus aut Jurisconsultis improbari; nec tamen qui istas faciunt, injurios dici posse, aut intemperantes, vel ignavos. Cæterum nihil in præsentia definio. (5) Juris vocabulum πολύσημον est: propria significatio una, minus propriæ plures. Proprie jus dicitur naturæ, aut Populi, ejusve, qui vicem populi sustinet, jussum. Arguit id ἔτυμον ipsius vocabuli, quod a jubendo dictum esse vel ex eo liquet, quod Veteres, auctore Festo, jura dixerunt *jussa*. In hac autem significatione passim usurpatur, veluti cum dicimus, Jure quid fieri; Juris rationem non pati; Contra jus esse; sic dicitur jus naturale, civile, prætorium. Cæteræ significationes minus propriæ, ut primo cum jus accipitur pro eo, quod jure continetur, & cuique tribuitur. Idque vel generatim, & indefinite, ut in hisce formulis aut id genus aliis, cum dicimus: Jus suum cuique tribuere. Neque mortalium jus suum detrahi oportere, eodemque modo haud dubie accipi debet, cum dicimus, Jura sanguinis, agnationis, naturalia & adoptionis jura, nempe pro beneficiis sanguini, agnationi, naturæ adoptioni jure tributis. Vel specialiter pro facultate & potestate jure tributa, quod fit quoties verbis faciendi jus adjungitur; ut in definitionibus itineris, actus, viæ, ususfructus, actionis, in quibus omnibus metonymia est continens pro contento. Secundo cum jus accipitur pro juris arte per eamdem figuram converso modo, ut in *l. pr. hoc tit.* Tertio cum accipitur pro loco, in quo jus redditur, ut cum dicimus: *In jus vocare: in jure confessos pro judicatis haberi:* in quo idem ferre tropus est, μετωνυμία adjuncti pro subjecto; *leg. pen. eod.* Quod si nunc quæratur: Qua in significatione jus hoc loco accipi debeat, propriane, an figurata, constanter respondebimus; in propria. Arguit hoc ipsa materia, quæ & in hoc & in seq. titulo tractatur. Arguunt definitiones & divisiones, quæ utroque titulo & in τ' eodem traduntur; ut mirum sit inveniri qui serio contendunt, jus hic pro juris arte accipiendum. (6) Summa eorum, quæ hoc titulo tractantur, hæc est, Primum traditur definitio justitiæ & jurisprudentiæ, quaque ratione ac via tyronibus hæc disciplina proponenda sit, judicatur. Hinc jam ea pars, quæ est de jure constituente, inchoatur, traduntque juris præcepta, juris civilis divisio, & subdivisio privati. Singula nunc videamus.

( ) *Vinnius in Institut.*

T E X T U S.

Definitio justitiæ.

Justitia est constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.

N O T Æ.

AUctor hujus definitionis est Ulpian. *leg. 10. ff. hoc titul.*

Voluntas) Metonym. pro habitu voluntatis sive ἕξει, ἣ δ' ἂν βουλόμεθα τὰ δίκαια, ut Paraphrast. ad 5. Nic. c. 1.

Jus suum cuique) Objectum justitiæ est jus cujusque suum: finis, ut id quisque obtineat, id est, ut cuique quod ei debetur, tribuatur. Delictis etiam debetur pœna. Athanas. in syn. 8. ἀποδιδόναι ἑκάστῳ τὸ ἴδιον. Plato

Plato *l. de Rep.* hunc finem exprimit his verbis, τὰ δ' ὀφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδιδόναι.

Tribuendi) Alia *tribuens*, Theophil. νέμουσα Cic. 5. *de fin. c.* 23. *Affectio animi suum cuique tribuens, quæ justitia dicitur*: Et ita etiam alibi, *lib.* 1. *de off. c.* 4. & 2. *ad Herenn. cap.* 52. *seq.*

COMMENTARIUS.

VOluntas) Scimus voluntatem esse potentiam naturalem, justitiam autem virtutem esse & habitum animi πρακτικόν, ac proinde qualitatem adventitiam. Falsum igitur, dicat aliquis, genus. Si respondemus, genus esse metonymicum, effectumque pro causa positum, voluntatem scilicet pro habitu, qui eam efficit; jam contra omnem Philosophiam omnemque rationem videbimur qualitatem acquisitam causam statuere qualitatis & potentiæ naturalis. Verum observandum est, non simpliciter pro genere voluntatem poni, seu ἐπιθυμίαν voluntatem constantem & perpetuam. Ut velimus, a natura est; ut constanter, ab habitu. Potentia naturalis quatenus promovet habitum, ejus ex parte causa est: quatenus autem ipsa politur ac perficitur, ab habitu effectum.

Constans & perpetua) σταθερά, καὶ διηνεκής, quæ verba justitiæ habitum ibi demum esse indicant, ubi perpetuo & constanter quis agit, atque ut Aristoteles loquitur βεβαίως καὶ ἀμετακινήτως ἔχει 2. *Eth.* 4. Ne quis autem putet, vitiosum esse, quod justitia definiatur per ejusmodi habitum, cujus homo non sit capax; res definiri solet non ad conditionem subjecti, sed qualis est essentia sua: sicut ab Aristotele felicitas, a Platone Respublica, a Xenophonte Princeps, a Cicerone & Quintiliano Orator describitur. Eodem modo & justitia hic definitur, non ut inest huic vel illi subjecto, sed prout inesse debet justitiam profitenti: in abstracto, inquam, non in concreto. VINN. Hæc definitio Stoam redolet, quam pleraque Jurisconsultorum scripta. Omnis autem virtus, adeoque & Justitia Stoicis in constante & perpetua voluntate posita videbatur. Cic. *Parad.* 3. 1. *Sen. Epist.* 66. & 121. HEIN.

Jus suum cuique tribuendi) ἑκάστῳ τὸ ἴδιον ἀπονέμουσα δίκαιον. Quod dialectici docent, habitus definiri assumpto ad genus objecto & fine, id etiam in hac definitione observatum. Objectum justitiæ est jus cujusque suum: finis, ut id quisque obtineat, hoc est, ut cuique quod ei debetur, tribuatur. Delictis etiam debetur pœna. Atque hunc finem simpliciter Plato expressit his verbis, τὰ δ' ὀφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδιδόναι. 1. *de rep.* Auctor propositæ definitionis est Ulpian. *l. Justitia.* 10. *hoc eod. tit.* plenior & planior hæc est: Justitia est habitus animi, per quem ita affecti sumus, ut suum cuique quantum in nobis est, tribuere velimus.

TEXTUS.

Definitio Jurisprudentiæ.

1. *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.*

Jurisprudentia) Quæ & scientia & ars juris, & intelligentia, & civilis sapientia. His enim nominibus promiscue uti solent qui populariter loquuntur.

Divinarum atque humanarum rerum) Subjectum: modus autem considerandi, quatenus de jure earum quæritur; quem modum indicant verba sequentis, *justi atque injusti* M. VV.

Scientia) Jurisprudentia est habitus intellectus; Justitia ut virtus moralis est habitus voluntatis. Hæc etiam definitio Ulpiani est *d. l.* 10. §. 1. *ff. hoc tit.*

COMMENTARIUM.

JUrisprudentia) Disciplina nostra nunc scientia, nunc ars juris, nunc intelligentia, nunc civilis sapientia, hic prudentia appellatur; hisce enim nominibus promiscue utuntur non Jurisconsulti tantum, sed etiam cæteri auctores, qui populariter loquuntur: At enim cum hæc disciplina sic habitus practicus: (est enim sine controversia pars Philosophiæ practicæ) si stricte loqui volumus, & ad certas habitus intellectualis species singula illa nomina cum Aristot. 9. *Eth.* 3. accommodare; solum nomen prudentiæ huic disciplinæ tum conveniet.

Divinarum atque humanarum rerum notitia) Hæc item descriptio Ulpianum auctorem habet *l. justitia* 10. §. 2. *ff. hoc tit.* Genus in hac descriptione est notitia aut scientia; idem enim hæc duo significant. Differentia petitur a subjecto ejusque considerandi modo; unde & finis sponte sua intelligitur. Subjectum jurisprudentiæ sunt res divinæ & humanæ; modus considerandi, quatenus de jure earum quæritur; scilicet ut norimus, an in iis, aut ad eas, & quatenus jus aliquod habeamus. Nam in hunc finem res dividuntur in eas, quæ divini, quæque humani juris sunt: quæ in commerciis atque extra commercia: quæritur in rebus humanis, quæ publicæ, quæ privatæ, & in his earum acquisitio, conservatio, alienatio, & id genus alia, quorum omnium tractatio ad Jurisconsultum pertinet. Hunc vero considerandi modum sequentia definitionis verba indicant, *justi atque injusti scientia*; nempe hactenus res divinas humanas esse objectum hujus scientiæ, quatenus ea, cum de jure harum rerum quæritur, quid justum aut injustum sit, doceat. Quod si cui hæc explicatio subtilior videtur: ecce aliam magis popularem. Certum est, disciplinam civilem non tantum in privati, sed etiam in publici juris cognitione versari: publici autem juris cum pars sit divinum, *l.* 1. §. 2. *ff. hoc. tit.* merito ea rerum divinarum atque humanarum, hoc est, divini & humani juris notitia dicitur. Justi, atque injusti, id est, ejus, quod fas & jura sinunt, aut non sinunt, scientia. Sane veteres juris Interpretes etiam sacris cæremoniisque Deorum præfuisse testis est historia. A Celso hæc disciplina ab officio eam profitentis elegantissime & brevissime describitur. *Ars æqui & boni d. l.* 1. *in pr.* Siquidem officium Jurisconsulti & prudentia illius tota in eo consistit, ut quid in re quaque æquum, quid iniquum sit, videre, tum discernere, & de eo respondere possit consilium sibi expetentibus. VINN. Hæc quoque definitio Stoica est, Stoicis enim ita describere solebant Philosophiam, Sen. *Epist.* 89. Quum vero inter Jurisconsultos & Philosophos ἀντίζηλος magna esset æmulatio, Merill. *Observ.* 1. & illi sibi veræ & non simulatæ Philosophiæ studium tribuere solerent. *l.* §. 1. *ff. hoc tit.* non dubitarunt definitionem Philosophiæ jurisprudentiæ tribuere, addita tamen differentia specifica: *justi atque injusti scientia*. HEIN.

TEX-

TEXTUS.

De juris methodo.

2. *His igitur generaliter cognitis, & incipientibus nobis exponere jura populi Romani, ita videntur posse tradi commodissime, si primo levi, ac simplici via, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula tradantur: alioqui si statim ab initio rudem adhuc & infirmum animum studiosi multitudine ac veritate rerum oneraverimus, duorum alterum; aut desertorem studiorum efficiemus, aut cum magno labore, sæpe etiam cum diffidentia (quæ plerumque juvenes avertit) serius ad id perducemus, ad quod leviore via ductus, sine magno labore & sine ulla diffidentia maturius perduci potuisset.*

NOTÆ.

Generaliter. Cursum, obiter, summatim, ἐν παρέργῳ.

Levi ac simplici via) Τυπωδῶς, crassa ac pingui Minerva. Præclare Aristot. Δεῖ γὰρ, inquit, ὑποτυπῶσαι πρῶτον εἶθ' ὕστερον ἀναγράφειν, *Prius lineamenta prima ducenda sunt & opus informandum, post utendum veris coloribus.* Nec minus scite Quintil. 1. *Inst. orat.* 2. *Ut Vascula, inquit, oris angusti superfusam humoris copiam respuunt, sensim autem influentibus complentur, sic animi puerorum.*

Diligentissima atque exactissima) Hoc ad summam scientiæ est necessarium, ut prius illud incipientibus magis convenit.

Duorum alterum) ἀντὶ θάτερον Quintilian. *Præm. lib.* 8. *incipientibus brevius & simplicius tradi convenit: aut enim difficultate institutionis tam numerosæ atque perplexæ deterreri solent: aut eo tempore, quo præcipue alenda ingenia, ac indulgentia quadam enutrienda sunt, asperiorum tractatu rerum atteruntur.*

Cum diffidentia) Cic. *in orat. cap.* 1. *Vereor, ne tandem studia multorum, qui desperatione debilitati experiri id nolunt, quod assequi se posse diffidant.*

COMMENTARIUS.

QUod pictores facere solent, qui prius lineamenta prima ducunt & opus informant, post veris coloribus utuntur: id etiam in quavis arte docenda faciendum est. Primo enim τυπωδῶς crasse & simpliciter, postea ἀκριβέστερον, diligentius & subtilius unumquodque tradendum. Illud incipientibus magis convenit; hoc ad summam scientiæ est necessarium.

Duorum alterum) Duplicem hujus rei rationem affert. Prima est: Ne difficultate initio proposita deterreantur animi adolescentum; voluntatemque discendi una cum spe perdiscendi abjiciant. Altera, ut maturius ad cognitionem hujus scientiæ ab hoc aditu patefacto perveniat; ad quam aut serius aut nunquam pervenirent (certe non sine magno labore aut diffidentia) si eo tempore, quo præcipue alenda ingenia, ac indulgentia quadam enutrienda sunt, asperiorum tractatu rerum atterantur; ut disputat Fabius in *præm. lib.* 8. *Instit. orat.* Commentariorum, quod ad incipientes attinet, eadem ratio. Cæterum qui jam aliquandiu hoc simplici cibo pasti sunt; iis nihil prohibet eundem paulo doctius conditum iterum apponere, novoque & piperato jure deficientem excitare appetentiam. Mihi animus est, uno promiscuo apparatu & frugaliter incipientes & opipare provectos nitide omnes excipere.

TEXTUS.

Juris præcepta.

3. *Juris præcepta sunt: Honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.*

NOTÆ.

3. *Juris præcepta)* Non regulæ artis Juris, ut Hopper & Cont. sed dictata juris naturæ αἱ κοιναὶ καὶ φυσικαὶ ἔννοιαι insitæ & quasi consignatæ in animis nostris notiones ex *l.* 10. §. *ff.* eod.

Honeste vivere) Hoc præcepto vetantur omnia, quæ pugnant cum bonis moribus & publica honestate, etiamsi non expresse prohibita. *Est aliquid*, inquit Cic. *pro Balbo cap.* 3. *quod non oporteat, etiamsi liceat.* Fac. *l.* 144. *de reg. jur.*

Alterum non lædere, suum cuique tribuere (Horum alterum ad personam alterius referri videtur: alterum ad res externas. Cic. 1. *de offic. cap.* 5. *Justitiæ primum munus est, ut ne cui quis noceat: deinde ut communibus utatur pro communibus, privatis ut suis.* Sen. 3. *de benef. cap.* 14. *Æquissima vox est, & jus gentium præ se ferens, Redde quod debes.*

COMMENTARIUS.

NON assentior Hoppero *lib.* 1. *de art. jur.* nec Contio ad *hunc* §. qui præcepta hoc loco & apud *Ulp. l.* 10. §. 1. *eod.* pro regulis hujus artis posita putant. Siquidem præcepta artium principia sunt cognoscendi: ut definitiones & divisiones: atque ita non tres regulæ, sed una tantum proponeretur præceptorum juris distributio. Rectius præcepta hic accipiemus generalia quædam dictata ac præscripta juris illius communis, quod semper æquum & bonum est, sive notiones quasdam a natura insitas & quasi consignatas in animis nostris κοινὰς καὶ φυσικὰς ἐννοίας. Et primo quidem, quo vitæ honestas præcipitur, intelligi oportet vetari facta omnia, quæ lædunt pietatem, verecundiam, existimationem nostram, & generaliter quæcumque pugnant cum legibus, bonis moribus, & publica honestate, in tantum ut etiam ab iis nonnumquam abstinendum sit propter honestatem, quæ legibus civilibus permissa, aut non expresse prohibita sunt, juxta tritum illud, *Non omne, quod licet, honestum est:* De quo multa præclare Per. Faber, ad *l. non omne*, 144. *de reg. jur.* Nimirum est aliquid, quod non oportet, etiamsi liceat, ut bene Cicero *pro Balbo c.* 3. Neque vero simplex hæc admonitio est, ut quibusdam videtur; sed verum atque efficax juris naturalis præceptum; licet hic aliquando claudicet & conniveat lex civilis; errantque adeo, qui cum hoc præcepto committunt lupanaria, quæ passim tolerari constat. ἔλλειψα est legis civilis, cujus lurorem officii sui admoneant, ne vel boni causa mala fieri permittat. Hoc enim prætextu hujusmodi connivencia excusari solet, *quod propter redundantem in humana natura perversitatem quædam etiam non decora ac salutaria, adeoque decreto Spiritus damnato toleranda sint, ne majoris mali præbeatur occasio.* Verba fere sunt & ratio Imp. Leonis, qui usum usurarum, quas pater sustulerat, hoc obtentu non dubitat restituere. *Nov. Leon.* Duo reliqua præcepta duo distincta munera justitiæ evidenter continent. Sic enim crasse ea accipio; ut secundum (*alterum non lædere*) ad personam alterius referatur, ne alicujus vitam, incolumitatem, libertatem, existimationem lædamus, aut violemus: tertium (*suum cuique tribuere*) ad res exter-

 nas,

nas, ut ab alieno manus abstineamus, hoc est, res alterius non attrectemus aut minuamus; ut patiamur unumquemque rebus suis uti, ut reddamus quod alienum apud nos est. Cui explicationi consentaneum est quod scribit M. Tullius *lib.* 1. *Offic. cap.* 5. *justitiæ primus munus esse, ut ne cui quis noceat: deinde ut communibus utatur pro communibus, privatis ut suis.* Plus justo religiosi sunt, qui nec plura esse juris præcepta contendant, nec pauciora. Nam & uno ex his tribus generaliter universum justitiæ munus comprehendi potest, ut in definitione justitiæ tertio præcepto duo propiora comprehensa sunt: possunt & quædam justitiæ munera aliis præceptis aut verbis specialius aut evidentius exprimi; ut *Deum colere*, *Parentes revereri*, *Pacta servare*, &c. Nemo melius hæc explicavit, quam Claudius Cantiuncula in doctissima sua paraphrasi. VINN. Sed & hæc Juris præcepta Stoica sunt. Honestum iis ex quatuor virtutibus Cardinalibus existere videbatur, *prudentia*, *temperantia*, *fortitudine*, & *justitia*. *Honeste* ergo *vivere* ad temperantiam pertinet; *neminem lædere* ad fortitudinem: *suum cuique tribuere* ad justitiam. Prudentiæ tanquam virtutis intellectualis, rationem non habuerunt Jurisconsulti. Est hæc observatio viri eximii, Thomasii *in Not. ad Instit. hoc tit.* HEIN.

TEXTUS.

De Jure publico & privato.

4. *Hujus studii duæ sunt positiones; publicum, & privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanæ spectat. Privatum est, quod ad singulorum utilitatem pertinet. Dicendum est igitur de jure privato, quod tripartitum est: collectum enim est ex naturalibus præceptis aut gentium, aut civilibus.*

NOTÆ.

4. *Duæ positiones*) Id est, duo themata, partes, species, δύο εἴδη, ex Ulp. *l.* 1. §. 2. *ff. eod.* Alii tres fecere species, sacrum, publicum, privatum. Auson. *in Idyll.* 15. Sed Ulp. *d. loc.* sub publico etiam sacrum comprehendit. Bud. VINN. Frequentes Jurisconsulti veteres eas species, quæ habent mixtam causam, negligunt, quasi confusas cum simplicibus, atque inde ejusdem rei modo tripartita, modo bipartita distributio est. Rem omnem confecit V. C. Ger. Noodt, Probab. I. 12. qui & hoc ipsum exemplum huc refert. Obs. II. 21. HEIN.

Quod ad statum rei Romanæ) Quod utilitate publicum est; non quod sola auctoritate; est enim hæc divisio a fine sumpta, non a causa efficiente.

Ad singulorum utilitatem) Quod privatim ad cujusque civis rem pertinet familiarem. Quamquam & hoc per consequentiam publice, illud privatim utile.

Collectum ex naturalibus præceptis &c.) Jus quo privati in civitate utuntur, tribus quasi ex fontibus in Remp. defluxit, natura, gentium institutis, & inventis cujusque civitatis.

COMMENTARIUS.

1. *Quot modis dicatur jus publicum?*
2. *Antoninus Orator citatus.*
3. *Aristotelica juris civilis distributio explicata.*
4. *Justinianus immerito reprehensus a Rodr. Agricola.*
5. *Ulpianus cum Gajo, &c. conciliatus.*
6. *Appellatione juris positivi quale jus significetur?*
7. *Optima juris privati divisio.*

(1) **H**Ujus *studii duæ positiones*) Studium figurate pro jure, cui studetur; nam studium nullum publicum est, sed cujuslibet proprium & privatum. Positiones, id est, θέματα, partes, species, δύο εἴδη. Est autem hæc divisio sumpta ab objecto ac fine principali: & fortasse rectius tres species ponerentur, ut a Cicerone 1. *leg. de legib.* & Ausonio in *Idyll. divinum*, *publicum*, & *privatum*, aut si διχοτομία magis arridet, dividi commode potest in *divinum* & *humanum*; humanum deinde subdividi in *publicum* & *privatum*. Enimvero Ulpianum hujus divisionis auctorem sub publico etiam divinum comprehendisse certum est: ait enim, *Jus publicum in sacris, Sacerdotibus & Magistratibus consistere*, *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* Cæterum juris illius sacri, ut ethnici, & impii, tractationem in τ., omisere runt Compositores Christiani. Quæ autem de hoc jure extant in Codice Christianorum Imp. constitutiones eatenus recipiendæ sunt, quatenus verbo Dei non repugnant. VINN. Studium pro arte itidem ποιητ. dicitur, ut ostendit Merill. *Observ. Lib.* 1. *cap.* 2. Jus divinum humano oppositum, alioquin non est jus de rebus sacris, sed jus a Deo profectum: nec admodum concinna videtur illa διχοτομία, immo nec necessaria quidem, quum jus sacrum sine dubio sit pars nobilissima juris publici. HEIN.

Publicum Jus est) Juris publici nomen non uno modo accipitur. Id, ne quem turbet, sciendum est, jus publicum sæpe dici non a materia & fine, ut hoc loco, sed a forma aut causa efficiente; non quod utilitate publicum est, sed auctoritate. Ita accipitur in *l.* 8. *de tutel. l. ex sententia* 19. *de test. tut* multisque aliis in locis. Item apud Terent. in *Phorm.* II. II. 65.

An de id quidem adipiscar ergo, quid jus publicum est) In *l. quod* 16. §. 1. *ad leg. Falc.* dicitur retentio Falc. jure publico competere, *in leg. damni* 8. §. 1. *de damn. inf.* Usucapio jure publico contingere, hoc est eo jure, quod publice sive publica auctoritate constitutum est. Eodem sensu & testamenti factio juris publici esse dicitur, *l.* 1. *qui test. fac.* nimirum quia a lege est, seu publica legis auctoritate concessa *leg.* 1. *pr. vers.* 2. *ad leg. Falc. l. verbis leg.* 120. *de verb. sign.* Atque hæc omnia ad differentiam ejus juris, quod cuique privatim acquiritur ex conventionibus, quippe quæ parem cum legibus auctoritatem non habent; quod Papinianus sic expressit, *l. ult. de suis & legit. Privatorum cautiones legum auctoritate non censentur.* Et quod passim legibus jus publicum privatorum pactis mutari aut infringi nosse, *l. jus publicum* 38. *de pact. l. Neratius* 20. *de relig. l.* 15. §. 1. *ad leg. Falc. l. neque pignus* 46. §. 3. *de reg. jur.* nihil aliud significat, quam ex eo jure aut forma esse juris, quod quacumque de re publice constitutum est; privatorum pactionibus nihil posse immutari, *d. leg. nec ex* 27. *de reg. jur.* Interdum & jus publicum accipitur pro jure, quod civium omnium ejusdem civitatis commune est. Nam quod Papinian. *in leg. inter.* 51 §. *pen. de fidejuss.* & Zeno in *l. ult. C. de rest. in integr.* commune appellant, id eodem sensu publicum appellat Ulpian. *leg. nihil consensui* 16. §. 1. *de reg. jur.* itemque Imp. *l.* 2. *C. ne ux. pro mar.* ad distinctionem, ut videtur, juris singularis sive privilegii, quod certarum dumtaxat personarum proprium est. Hoc autem loco ab objecto & fine id solum jus publicum dicitur, quod ad utili-

utilitatem publicam, hoc est totius populi universim & conjunctim pertinet; non item ad singulos, nisi secundario & per consequentiam. Nam quod publice utile est, id non potest non utile esse privatim; quemadmodum ex privatorum utilitate publicum quoque per consequentiam existimamus, veluti cum dicimus, *Publice expedire, suprema hominum judicia exitum habere. Interesse Reip. ne quis re sua male utatur*, aliaque id genus.

Rei Romanæ) id est, *Reip. Romanæ*. Virg. *6. Æneid. vers. 8. 57.*

Hic rem Romanorum magno turbante tumultu
Sistet eques,

de Marcello loquitur; Ennius;

Moribus antiquis res stat Romana virisque.

Si vocem *Romanæ* detrahas, definitio erit generalis: sed hic adjecta ad differentiam aliarum civitatum, quæ cum Romana collatæ, privatorum loco erant, *l. 15. & seq. de verb. sign.* Vel potius, quia Justiniano tantum propositum est, jus Romanæ civitatis tractare, uti & Ulp. unde hæc sumpta sunt. Juris publici sunt, quæ pertinent ad religionis cultusque divini curam; ad pacis bellique ordinationem; ad fines & magnitudinem; imperii ad jus legum ferendarum, privilegiorum irrogandorum, tributorum imperandorum; monetarum cudendarum: ad exercenda judicia; delicta coercenda; Magistratusque creandos, per quos hæc expediantur.

Quod ad singulorum) Jus privatum in hac divisione est, quod singulorum civium causa recta & principaliter comparatum est: Itaque & testamenti factio, & retentio Falcidiæ, & usucapio, &c. hoc sensu sunt juris privati.

Dicendum est de jure privato) Juris publici tractatio difficilior atque sublimior Justiniano visa est, quam in tyronibus proponi debeat; ideoque nec nos plura de eo dicemus. Cæterum ut illud obiter moneam, quod locus postulare videtur, apparet ex hac juris divisione, itemque ex definitione jurisprudentiæ, (2) Antonium apud Ciceronem *l. 1. de orat. c. 48.* non Jurisconsultum, sed legulejum describere, *Qui legum & consuetudinis ejus, qua privati in civitate utuntur, & ad respondendum & agendum & ad cavendum peritus sit.* Præstantissimam scilicet hujus artis partem, juris publici scientiam, consulto præterit homo Jurisconsultorum gloriæ subinvidens, & inique de hac scientia judicans. VINN. Immo *Legulejus* non videtur, solius jurisprivati peritus, sed qui legum tantum gnarus, earum & rationem ignorat & applicationem; quemadmodum, qui de sola applicatione & praxi, quam vocant, sollicitus, nullam accuratiorem juris notitiam præmittit, *rabula* vocari solet. Ita Cicero hæc vocabula accipit *Lib. 1. de Orat. cap. 46. & 53.* HEINN.

Tripartitum est) Divisio e causis efficientibus, id est, auctoribus juris, natura, naturali ratione, & civitate. Quamquam hic non tam dividitur jus civile, quam principia ejus & origo indicatur, atque secernitur; ut ut verbo *Collectum est*) ostendit, & notat D. Wesemb. Cæterum non est adeo absurdum, ut multi existimant, jus civile tamquam genus constituere, cujus species sint, naturale, gentium, & civile in specie: dummodo jus civile, quatenus in ea distributione ut genus consideratur, accipiatur pro eo jure, quo quæque civitas in universum utitur; civile autem in specie, pro eo quod legislator a se constituitur, & positivum passim appellatur. (3.) Eodem namque sensu Philosophus *5. Eth. 7.* dividit jus πολιτικὸν φυσικὸν καὶ νομικόν. Jus enim naturæ sive gentium communis omnium populorum fons est, unde hauriunt singuli quod ad suæ civitatis mores accommodent; quamvis id non uno omnes modo faciant. Atque huc pertinet quod Gajus scribit in *leg. omnes populi 9. hoc tit. Omnes populos partim communi omnium hominum jure uti, partim proprio*. quod Arist. d. loc. appellat νομικὸν, & speciem facit τοῦ πολιτικοῦ. (4) Notat in Justinianum Rod. Agricola *lib. 2. de invention. dial.* quod dumtaxat jus privatum ex triplici illo jure collectum dicat, quasi hoc ipso negaret, jus publicum ex iisdem præceptis collectum esse. Sed hoc minime sequitur: Nam satis Justiniano visum est, causam & originem indicare ejus juris, de quo dicturus erat, nimirum privati insuper habito, an ex iisdem præceptis etiam originem, traheret jus publicum. Sed nec recte dixeris naturam, sive jus naturale, ut id in specie accipiunt Justinian. & Ulpian. pro jure cum brutis communi, causam esse juris publici, quod a Baro recte observavit. Nec tamen assentiendum Mynsingero, qui cum Alciato *1. parerg. 31.* contendit, jus publicum tantum esse ex præceptis civilibus. Nam præterquam quod manifestum est, religionem erga Deum, *l. 2. hoc tit.* & imperia Magistratuum per ea, quæ Aristot. *1. polit. 3.* esse ex jure gentium, constat ipsos Romanos sacra, cæremoniasque suas, atque omnia fere, quæ ad Magistratus, aliaque jura publica pertinent, a plerisque Italiæ populi ac præsertim Hetruriæ accepisse. De communi notitia de Deo locus est omni exceptione major apud Paulum ad *Rom. c. 1.* sunt & apud Cicer. *1. Tusc. c. 46. & 2. de nat. Deor. c. 2. & 15.*

Ex naturalibus præceptis aut gentium, aut civilibus) De numero gentium juris dissensisse Veteres videri possunt. (5) Nam Ulpianus in *l. 2. §. 2. h. t.* quem hic sequitur Justinianus, tria genera ponit, naturale, gentium, & Civile. Cujus in *l. omni populi 9. eod.* duo tantum, commune, & proprium; neque Philosophi plura genera agnoscunt quam naturale & positivum. Sed tantum in tractandi modo, non in re dissensio est: revera enim duo tantum sunt summa juris genera, naturale & civile seu positivum: sed in hac bimebri divisione primum genus duas priores species tripartitæ illius complectitur, in quas etiam deinde subdividi potest. Ulpianus enim brevitatis causa species unius generis cum altero genere unica divisione complexus est; quod ei familiare esse apparet ex *l. 4. hoc t. l. 5. d. pact.* Nomina quoque generis docendi causa, cum propria deficerent, speciebus induit, jus naturale vocans, quod similitudine quadam homini cum cæteris animantibus commune est; gentium, quod humani generis proprium. (6) Observandum autem est, non omnes, qui jus dividunt in naturale & positivum, hasce species eodem sensu opponere. Non sunt, qui appellatione juris naturalis intelligunt quidem tum jus, quod hominibus cum brutis commune est, tum etiam jus gentium, quod primævum vulgo appellant; sed jus gentium secundarium, speciem faciunt juris positivi, sicut & civilis; idque rationi magis consentaneum putant Wesemb. *par. hoc tit. num. 15.* Greg. Lopez. *animad. cap. 3.* D. Grot. *1. manduct. ad jurisp. Bat. cap. 7.* item *l. 1. de jur. bel. & pac. c. 1. n. 9. & seqq.* Alii vero appellatione juris naturalis positivo oppositi complectuntur jus omne, quod non est a potestate civili, nec tantum jus gentium primævum, sed etiam secundarium: quod & Veteres interdum faciunt; ut videre est in *l. 1. de acq. rer dom. §. singulorum* infra

infra de rer. div. Sed sæpius tamen & hi jus naturale ex adverso juri gentium secundario opponunt: ut in §. 2. *tit. proxime sequenti infr. de libertin. in pr. l. 4. hoc tit.* In divisione proposita etiam primario opponitur; quæ tamen oppositio vix ullum usum habet, ut demonstrabitur tit. seq. Optima divisio erit, si dicamus: (7) Jus quoddam esse commune omnium gentium, aliud proprium cujusque civitatis. Quod commune est omnium gentium, partim nobis commune esse cum bestiis; partim proprium generis humani. Proprium generis humani, partim homini innatum, partim communi hominum consensu introductum.

TITULUS SECUNDUS.

DE JURE NATURALI GENTIUM, ET CIVILI.

Summa eorum, quæ hic explicantur.

HOc titulo species juris privati, in quas supra §. *ult. præc. tit.* divisum est, Imperator singulatim persequitur & explicat. Quo peracto, juris civilis Romanorum, quod solum suscepit, tractationem aggreditur. Ac primum illud dividit ex adjuncto in scriptum & non scriptum: scriptum deinde subdividit in suas species, quas ordine item explicat. Postea jus civile a naturali distinguit ratione diversi effectus. Ad extremum viam sternit ad rectam perceptionem juris constituti, proposita discretione materiæ, circa quam jus omne, quo utimur, versatur.

T E X T U S.

De jure naturali.

Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque feminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus: hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim cætera quoque animalia istius juris perita censeri.

N O T Æ.

Omnia animalia docuit) *l.* 1. §. 3. *ff. de just. & jur.* Dicuntur verum hæc καταχρηστικῶς, eo quod quæ hujus juris sunt, etiam bruta faciunt, solo quidem impetu naturæ, cæterum cum similitudine sensus ac desiderii humani: Cic. in *Lel. cap.* 8. Unde tales brutorum actus Arist. 9. *de hist. anim. cap.* 7. appellat μιμήματα τῆς ἀνθρωπίνης ζωῆς. Proprie autem juris capax non est, nisi natura utens præceptis generalibus. Grot. 1. *de jure bell.* 1. Νόμῳ καὶ δικαίῳ πρὸς ἀνθρώπους μόνον χρῆσθαι πεφύκαμεν. Plutarch. *Cat. maj.* In bestiis tantum apparet juris aliqua imago. Salmas. *de usur. cap.* 9.

Maris atque fœminæ conjunctio) Lactant. *lib.* 6. *c.* 2. 3. *Cum excogitasset Deus duorum sexuum rationem, attribuit ipsis, ut se invicem appeterent, & conjunctione gauderent, eaque ratione propagari & multiplicari genera possent.*

Educatio) Cic. 1. *de off. cap.* 3. *Quemadmodum communis est animantibus conjunctionis appetitus, ita curæ quoque eorum, quæ procreata sunt.* Nam, ut idem *lib.* 3. *de fin. cap.* 19. *Hæc inter se congruere non possent, ut procreari quidem natura vellet, diligi autem procreata non curaret.* Huc vel maxime pertinet studium tuendi sui adversus vim illatam. *Cic.* 1. *d. off. cap.* 7.

Perita censeri) id est, haberi, pro peritis hujus juris, eorum numero adscribi. Theoph. ἐν τοῖς τηροῦσι τὸν τῶν νόμων ἀναγεγραμμένα; id est, *his qui hanc legem observant adscripta*; quidam malunt, *petita*.

COMMENTARIUS.

1. *Animantia bruta proprie juris capacia non esse, & num.* 4.
2. *Parentes alere quo Jure liberi teneantur?*
3. *Definitionem adversus vim illatam esse juris naturæ, & quatenus ea permissa remissive?*

(1) ANimalia bruta tam certum est esse juris expertia, quam certum est esse ἄλογα, sive expertia rationis. Nam inter quos jus est, inter eos & ratio, & æquum, & bonum, & justitia, & lex, & societas sit necesse est. Arist. 5. *Eth.* 10. *In equis, in leonibus justitiam non dicimus*, inquit Cicero *lib.* 1. *de offic.* Plutarchus in Canone Majore ait, Νόμῳ καὶ δικαίῳ πρὸς ἀνθρώπους νόμον χρῆσθαι πεφύκαμεν, & alias etiam beatitudo caderet in bruta, Bene igitur D. Grot. 3. de *jur. bell. & pac. c.* 1. *n.* 11. *Proprie juris capax non est nisi natura præceptis utens generalibus.* Neque quisquam Philosophorum, quod sciam, aut Jurisconsultorum jus aliquod in bruta cadere tradidit, præter unum Ulpianum, ex cujus Institutionibus hæc descripsit Tribonianus, ut apparet ex *l.* 2. §. *de just. & jur.* Quomodo ergo Ulpianum cum cæteris conciliamus? Simplicissima eorum sententia est, qui per quamdam auxesin & figurate hæc a Jurisconsulto dici scribant, propterea quod quæ hujus juris esse dicuntur, ea etiam bruta faciant, idque cum similitudine quadam sensus ac desiderii humani. Unde Aristoteles *lib.* 9. *de hist. anim. c.* 7. tales brutorum actus appellat μιμήματα τῆς ἀνθρωπίνης ζωῆς, vitæ humanæ imitamenta. Cicero 2. *de finibus*, *virtutum simulacra*. Nam ut in brutis apparent simulacra quædam rationis, ita etiam juris, ut idem Cicero testatur, & pluribus ostendit Plutarchus in libello πότερα τῶν ζώων φρονιμώτερα. Platonis quoque doctrina est, naturam rem unamquamque perfectissimam facere voluisse; ac proinde in plantis sensus, in brutis rationis, in hominibus divinæ mentis vestigia expressisse. Neque aliud sensisse videri debet Plutarchus in libello, cui titulus est, τὰ ἄλογα λόγῳ χρῆσθαι, quod alioqui non careret contradictione. Eadem effectu est aliorum responsio, qui ajunt Jus naturale formaliter, id est, quoad rationem, non nisi in hominem cadere: materialiter autem, hoc est, quoad appetitum & instinctum naturæ, etiam in bruta: nempe, ut hoc explicant Covarr. *in c. peccatum, de reg. jur. in* 6. *part.* 2 *rel.* §. 1. *num.* 4. & Ant. Fab. *jurisp. Papin. tit.* 2 *p.* 1. jus naturale dici, quod circa ea versatur, quæ bruta solo instinctu & impetu naturæ faciunt; homines vero etiam cum ratione. Nam cum homo hæc facit, rationem in consilium adhibet, quam veluti ducem lucemque sequitur; cum bestiæ in iisdem agendis sola vi naturæ, & cæco impetu sine judicio ac ratione ducantur. Ad quem etiam modum disputat doctissimus Salmas. *lib. de usur. cap.* 9. eoque pertinet quod scribit Seneca *lib.* 1 *de Ira, cap.* 16. animalibus pro ratione impetum, hominibus pro impetu rationem esse. VINN. Solum Ulpianum jus naturæ homini cum reliquis animalibus commune fingere putat

Vin-

Vinnius. Sed perperam. Fuit ea communis fere veterum Philosophorum doctrina. Jus naturæ cogere dicebant, ut secundum naturam vivamus. Natura est vel communis, vel homini propria. Ex illa jus naturale, ex hac jus Gentium derivabant. Præclare eam in rem ex mente Stoicorum differit Cicero *de finib. l. 4. cap. 9.* Eleganter quoque Euripides: *Communis hæc lex stirpis est mortalium, trahens & ipsos in sui assensum Deos Fe asque, amare, quidquid est ex se satum* τὰ δ' ἄλλα χωρὶς, χωρὶς δ' ἀλλήλοι νόμοις. In rebus aliis jure non uno utimur. HEIN.

Maris & feminæ conjunctio) Huc pertinet quod in Lælio scribit Tullius; *Hoc apparet*, inquit, *in bestiis, volucribus, agrestibus, natantibus, cicuribus, feris, primum ut se ipsa diligant; (id enim pariter cum omni animante nascitur,) deinde ut requirant atque appetant ad quas se applicent ejusdem generis animantes: idque faciant cum desiderio & cum quadam similitudine amoris humani.*

Procreatio, educatio.) *Quemadmodum communis est animantium conjunctionis appetitus, ita cura quoque eorum, quæ procreata sunt*, ait idem Tullius 1. *de offic. cap. 3.* Justinianus in *l. un.* §. *taceat, C. de rei ux. act. ipse*, inquit, *naturalis stimulus*, id est, στοργὴ *parentes ad liberorum suorum educationem hortatur*. Et alibi. *Filium vel filiam alere pati necesse est propter ipsam naturam. l. ult. §. ipsum C. de bon. quæ, lib.* Et vero *Hæc inter se congruere non possunt, ut procreari quidem natura vellet, diligi autem procreata non curaret* ut scribit Cic. 3. *de finib. cap. 19.* (2) Referunt hic quidam & alituram parentum; sed male. Debentur quidem & parentibus alimenta, quod etiam proditum est vulgari proverbio ἀντιπελαργεῖν; sed parentum alimonia non ex eo jure est de quo hic agitur, quod natura cætera quoque animalia docuit, inter quæ genitum gignenti alimenta non præbet. Verum ex alia naturæ lege, quæ humani generis propria est, & in proposita partitione jus gentium dicitur; nimirum ut causa gignens erga genitum afficiatur, ex communi naturæ instinctu est: ut genitum erga gignentem a naturali ratione, quæ pietatem & gratitudinem commendat, *fac. l. 2. de just. & jur. l. nam & 15. de inoff. test. l. 7. §. 1. unde liberi.* Ita cape locum Ciceronis in *orat. de resp. arusp. cap. 23.* ubi ait; Parentibus nos primum naturam conciliare, quos non alere nefarium sit. Et Valerii, qui *lib. 5. cap. 4.* scribit, primam naturæ legem esse, diligere parentes. Quod autem de ciconia narratur, id ut singulare negligendum est. De quæstione quatenus parentes liberos, aut hi vicissim illos alere teneantur: & porro an frater fratrem, quæ hinc aliena consulantur. Schneid. *hic n. 10. & seqq.* D. Tulden. & Perez. *ad tit. cap. de alend. liber.* Christin. *vol. 3. dec.* 143. ad. D. Grot. 2. *de jur. Bell. & Pac. cap. 7. n. 4. & seqq.* Pet. Fab. 2. *Sem. 1.* (3) Nullius autem rei studium altius insitum est a natura omnibus animalibus, quam studium tuendi sui adversus vim illatam. *Hoc enim omni generi animantium a natura ante omnia tributum esse* scribit M. Tullius 1. *de Offic. c. 4. ut se, vitam, corpusque tueatur, declinetque, quæ nocitura esse videantur.* Unde liquet, fragmentum auctoris *l. 3. de just. & jur.* temere a Triboniano subjectum esse *l. 2. eod.* confusaque exempla juris naturalis & gentium, contra quam propositum erat. Quamquam quidam in defensione duo extrema spectanda ajunt, tuitionem, & propulsationem injuriæ, quarum illam ad Jus naturæ, hanc ad jus gentium referunt. Credo ego Florentinum jus omne finibus humani generis circumscripsisse. Quatenus & quibus conditionibus vim personis vel rebus nostris illatam propulsare permissum sit, ex recepta DD. sententia tradit Schneid. *hic n. 12. & seqq.* Gail. 2. *obs.* 110. *n. 13. & seqq.* D. Tulden. *ad tit. C. ad leg. Corn. de sicar. n. 5.* Summa huc redit, ut ne vim propulsando ulcisci magis quam tueri non studeamus: deinde ut ne excedamus moderationem inculpatæ tutelæ. Tunc autem non excessisse intelligitur, cum aliter periculum evitare non potuimus, *l. scientiam 45.* §. *per, ad l. Aq. l. 1. C. unde vi, & ibi* Don. Add. D. Grot. *lib. 1. de jur. bell. cap. 1.* ubi *n. 3.* recte docet defensionis per se, ac primario nasci ex eo, quod natura quemque sibi commendat, non ex injustitia aut peccato alterius, unde periculum est; & ideo si corpus vi impetatur cum præsente periculo vitæ non aliter evitabili, licitum esse inferentem periculum interficere, etiamsi ille peccato careat, puta insania aut insomniis agitetur, ut evenisse quibusdam legimus. Neque enim eo tolli jus se tuendi, cum sufficiat, quod ego non teneor id, quod ille intentat, pati, non (4) magis, quam si bestia aliena periculum intentaret. Sed hæc & similia fortassis alibi latius. Illud repeto, quod superius dixi, si quando brutis animantibus justitia tribuitur; id fieri improprie ex quadam in ipsis umbra rationis atque vestigio; ac propterea plerosque disputationem juris naturalibus finibus humani generis circumscribere. Vid. Pet. Fab. 2. *serm.* 1. Salmas. *de usurp. c. 2.* Joann. Selden. l. 1. *de jur. nat. & gent. juxta discipl. Hebræor. cap. 4. & 5.* ubi etiam Hæbreos laudat, qui & ipsi non jure aliquo, (quod totum versari volunt circa licitum atque illicitum) sed e propensione atque inclinatione tantum ajunt animantium cæterorum actus evenire. Sane discrimen, quod Ulpianus facit inter jus, quod animantibus cæteris cum homine commune est, quod arctiori significatu appellat naturale, & illud quod hominum proprium est, quod sæpe jus gentium nuncupatur, vix ullum usum habet. Quoniam utrum actus ipse, de quo Jus naturæ constituit, sit nobis communis cum aliis animantibus, ut prolis educatio; an nobis proprius, ut cultus Dei; ad juris ipsam naturam nihil refert; §. pen. *inf. eod.*

T E X T U S.

Distinctio juris gentium & civilis a definitione & etymologia.

§. *Jus autem civile a jure gentium distinguitur, quod omnes populi, qui legibus & moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes gentes peræque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utantur. Et populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Quæ singula qualia sint, suis locis proponemus.*

N O T Æ.

1. *Quisque populus*) *Ex l. 9. de just. & jur.* populus scil. alieno imperio non subjectus, alias juris condendi pote-

poteſtatem non habet, niſi quatenus ille cui paret, conceſſit, *l. 9.* *ἀξίωσις ff. de leg. Rhod.*

Vocaturque jus civile) Nempe in ſpecie, quod a ſe
civitas conſtituit: qualia multa in duodecim tabulis.
Nam jus civile ſumptum pro univerſo jure civitatis
etiam jus naturale & gentium complectitur; quo ſen-
ſu Ariſtotel. 5. *Eth.* 7. dividit jus πολιτικὸν in φυσικὸν
& νομικόν.

Naturalis ratio) Jus gentium non ex inſtitutis po-
pulorum æſtimandum eſt, ſeu ex eo quod juſtum eſſe
ipſa naturalis dictat ratio; id eſt, inſita animis homi-
num notitia honeſti & turpis, juſti & injuſti. V. G.
Inceſta, adulteria, furta, natura turpia & illicita ſunt;
etiamſi gentes repertæ, in quibus hæc permiſſa aut non
punita. Gell. 11. *noct. Attic* 18. Alex. *ab* Alex. 1. *Gen.
dier.* 24. Plato 1. *de legib.* Cic. 1. *de legib. cap.* 16.

Apud omnes populos) Aut certe moratiores. Nam quid
naturale ſit, ſpectandum in his, qui bene ſecundum
naturam ſe habent, non in depravatis, teſte Ariſt. 1.
Pol. 5. Videtur autem hic tantum definiri ſpecies juris
gentium excellentium excellentior, quæ vulgo jus gen-
tium primævum.

COMMENTARIUS.

1. *Populum alterius imperio ſubjectum leges condere non poſſe, & quatenus ſtatuta.*
2. *Diviſio juris civilis in merum & mixtum explicata & illuſtrata exemplis.*
3. *Jus gentium quod hic definitur, & ipſum revera naturale eſſe.*
4. *Vulgaris diſtinctio Juris gentium in primævum & ſecundarium defenſa & applicata.*

(1) QUod quiſque populus) Suis ſcilicet legibus & mo-
ribus vivens; nam ſi quæ civitas alterius im-
perio ſubjecta eſt, ea non plus juris habet in jure con-
ſtituendo, quam ille, cujus imperio ſubjecta eſt, con-
ceſſit. *l. ἀξίωσις 9. de leg. Rhod.* Hinc eſt, quod muni-
cipia meliore hac in re conditione erant, quam colo-
niæ: quia municipiis conceſſum erat, ut ſuis legibus
& moribus uti poſſent; coloniæ autem jura inſtituta-
que omnia populi Rom. non ſui arbitrii habebant, Gel.
l. 16. *c.* 13. Cæterum ſtatutorum condendorum quemli-
bet Magiſtratum in ſuo territorio jus habere tradunt
DD. *in l. omnes populi 9. hoc tit.* unde hic locus deſcri-
ptus eſt. Quæ tamen ſtatuta non aliter valeant, quam
ſi non derogent juri communi: & ut valeant, ſciendum
tamen eſt, non valere jure legis, ſed ſalvum ſemper
manere Jus Superioris, ut pro auctoritate ſua ea abro-
gare poſſit, *l.* 3. §. *Divus 5. de ſepulc. viol.* Uſu quo-
que ſervari tradit Schneid. *in* §. *conſtat 3. inſ. eod.* ut
ſtatutorum confirmatio a Superiore petatur; quod &
juri conſentaneum cum Hieron. de Cævallos cenſet D.
Chriſtian. *vol.* 2. *dec.* 55. *n.* 5. quamvis id neceſſarium
non eſſe plerique tradiderunt. Apud nos ſane Magiſtra-
tus inferiores jus ſtatuta condendi non habent, niſi qua-
tenus id a Principe, aut qui vicem ejus gerit, impe-
trarunt: alioqui neceſſaria eſt Superioris approbatio.
D. Merul. *lib.* 1. *tit.* 4. *cap.* 5. D. Grot. 1. *manud. cap.* 2.
De ſtatutis, præter alios, videri poſſunt D. Nic. Bur-
gund. *ad conſuetud. Fland. tract.* 1. Chriſtin. *vol* 2. *dec.* 2.
3. 4. 5. 54. 56. 57. & 59.

Vocaturque jus civile) In ſpecie nimirum. Nam jus
civile ſumptum pro eo jure, quo in univerſum civitas
utitur, etiam jus naturale & gentium, quatenus rece-
ptum eſt, comprehendit: eoque ſenſu obligationes, quæ
ex contractibus juris gentium deſcendunt, dicuntur ci-
viles; licet a legislatore civili nihil habeant præter
approbationem, §. 1. *inſ. de oblig.* Hoc igitur jus dici-
tur civile a cauſa efficiente, quæ eſt voluntas alicujus
civitatis, aut ejus, qui jus legis ferendæ in ea habet,
non communis gentium aut naturalis ratio. (2) Ab
Ariſtotele legitimum dicitur; vulgo poſitivum. Poteſt
vero hoc jus amplioris doctrinæ gratia ſic diſtingui,
ut aliud dicatur merum & ſimpliciter civile, quo per-
tinent leges omnes, quæ ideo tantum juſtæ ſunt & ob-
ligant, quia a civili poteſtate ſancitæ; cujuſmodi ſunt
jura adoptionum, uſucapionum, donationum inter con-
juges; ſenatuſconſulta Macedonianum, Vellejanum,
Trebellianum; leges Ælia Sentia, Junia Norbana, Fu-
ſia Caninia, Voconia, Furia, Falcidia, & in multis
capitibus lex duodecim Tabularum: aliud κατά τι, quod
mixtum recte dixeris, cum ſcilicet juri communi lex
civilis aliquid addit aut detrahit, aut quod illo jure
determinatum eſt, determinat. Quo ſenſu matrimonia,
patria poteſtas, tutelæ, teſtamenta, ſucceſſiones, actio-
nes & id genus alia, juris civilis eſſe dicuntur; nem-
pe quia certa & propria quadam forma a jure civili
donata ſunt, atque ita determinata, ut certus eorum
uſus ſit, atque eorum cives tantum, excluſis ab eorum
communione extraneis & peregrinis. Atque de hoc ju-
re civili mixto accipiendum eſt quod ſcribit Ulpianus
*l. 6. de juſt. & jur. Cum additur aliquid aut detrahitur
juri communi, jus civile effici*: alioqui omnia fere, quæ
conſtituta ſunt, juris mere civilis & poſitivi dicenda
forent. Illud in univerſum verum eſt, juris civilis no-
men non mereri, quod directe pugnat cum ratione ju-
ris naturæ, *d. l. 6. in pr.*

Naturalis ratio) Ait Imperator jus gentium eſſe,
quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit. Un-
de ſequitur, jus hoc non ex legibus aut inſtitutis po-
pulorum æſtimandum eſſe; ſed ex eo quod juſtum eſſe
dictat ipſa ratio naturalis, id eſt inſita animis hominum
notitia de honeſto & turpi, juſto & injuſto (3) Quam
ob cauſam & ipſum quoque jus naturæ paſſim appella-
tur, & æquum & bonum, & naturalis æquitas, & na-
tura. Id quod notandum eſt adverſus eos, qui negant
quidquam natura juſtum eſſe, ſed tantum lege & con-
ſuetudine, contra quos diſputat Cic. 1. *de legib. c.* 16.
& Ariſtol. 5. *Eth.* 7. add. Platon. 1, *de legib.* Laert. *in
Pyrr. & Ariſtip.* Exempli gratia, dictat naturalis ratio,
delicta, puta furta, adulteria, natura turpia eſſe & pu-
nienda, *l. probrum 42. de verb. ſign. l.* 1. §. 3. *de furt.*
Reperti tamen ſunt, apud quos hæc flagitia permiſſa at-
que impunita fuerunt, vide Gell. *lib* 1. *cap.* 18. Arnob.
adv. gent. l. 8. Alex. ab Alex. *lib.* 1. *c.* 24. Alber. Gent. 5.
de nupt. c. 7. Jure gentium inceſtum committit, teſte
Paulo in *l. ult. de rit. nupt.* qui ex gradu aſcendentium
aut deſcendentium uxorem ducit: quod etiam ſaniores
omnes Philoſophi agnoſcunt: nihilominus, ut Ovidius
lib. 10. v. 332.

—— *Gentes tamen eſſe feruntur,*
In quibus & nato genitrix & nata parenti
Jungitur.

Harum, inquam, gentium barbari mores & pravum
judicium efficere non poſſunt, ut id quod natura ju-
ſtum aut injuſtum, turpe aut honeſtum eſt, tale eſſe
deſinat: quomodo & Socrates diſputat apud Xenoph.
lib. 4. *memorab.*

Omnes

Omnes Gentes) Aut certe moratiores. Nam naturale recte dicitur, interprete Michaele Ephesino ad Nicomachiam, *quod apud plerosque non corruptos aut pravos, sed naturæ convenienter se habentes, obtinet*. Et Arist. 1. polit. 5. quid naturale sit, spectandum ait in his, *Quæ bene secundum naturam se habent, non in depravatis*. Belle Salmas. *de usur. pag.* 243. & *seqq.* Videtur autem Imperator hic tantum definire voluisse speciem juris gentium excellentiorum, nempe jus gentium primævum, ut id DD. appellant. Neque enim hæc definitio æque accommodari potest juri gentium secundario, quod in §. *seq. vers. nam usu*, ita describitur; ut respectu juris primævi quodammodo positivum dici possit: quamquam cum etiam secundarium naturali ratione ἐξ ὑποθέσεως nitatur, neque id aperte constitutum, aut sanctione aliqua introductum sit, sed tacita tantum, communi tamen consensione gentium receptum, naturale quodammodo est, & a positivo secerni potest. Atque hoc etiam puto sentire Aristotelem *d. l.* 1. *cap.* 4. ubi ait, esse quoddam jus gentium κατ᾽ ὁμολογίαν. Ut autem paucis explicem, qua ratione (4) Doctorum illa juris gentium distinctio in primævum & secundarium nitatur, quod hic locus quodammodo flagitat; nata est ea distinctio ex duplici consideratione rationis, seu potius intellectus judicantis. Ut enim ratio, sicut Physici docent, simplex est & pura, quæ sine discursu judicat, & Græcis νοῦς sive νόησις dicitur: vel composita & comparata, quæ per discursum munus suum exequitur, ex collatione diversarum rerum aliquid colligens, Græcis διανόημα & λογισμὸς, ita & duplex est jus Gentium. Unum, quod a simplici illa ratione fluit, seu intellectu νοητικῷ cujus juris sunt cultus Dei, reverentia parentum, neminem lædere, suum cuique tribuere, ab alieno manus abstinere, aliaque ejuscemodi principia practica, quibus ultro sine argumentatione aut demonstratione assentimur, & justa esse sine agitatione mentis intelligimus. Alterum, quod a composita, seu intellectus διανοητικῷ, quod discursum & ratiocinationem habet, atque ex causa demum aliqua aut hypothesi & comparatione alterius rei justum esse intelligitur, cujus generis sunt ea omnia, quæ ad vitæ communis commoda conjungendasque inter se Respublicas & gentes a viris sapientibus excogitata in usum omnium gentium, aut pleratamque pervenerunt. Exempla habemus in §. *seq. vers. nam usu*, & elegans in *l.* 1. *ff. de contr. empt.* Quod jus a simplici illo intellectu est, primævum DD. appellarunt: quod a composito, secundarium: primum immutabile; secundum mutabile.

TEXTUS.

Ab appellatione & effectibus.

2. *Sed jus quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium. Nam si quis velit Solonis vel Draconis leges appellare jus civile Atheniensium, non erraverit. Sic enim & jus, quo Romanus populus utitur, jus civile Romanorum appellamus, vel jus Quiritum, quo Quirites utuntur. Romani enim a Romulo; Quirites a Quirino appellantur. Sed quoties non addimus nomen, cujus sit civitatis, nostrum jus significamus: sicuti quum Poetam dicimus, nec addimus nomen, subauditur apud Græcos egregius Homerus, apud nos Virgilius. Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente & humanis necessitatibus, gentes humanæ jura quædam sibi constituerunt. Bella etenim orta sunt, & captivitates secutæ, & servitutes, quæ sunt naturali juri contrariæ. Jure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur. Et ex hoc jure gentium omnes pene contractus introducti sunt, ut emptio & venditio, locatio & conductio, societas, depositum, mutuum, & alii innumerabiles.*

NOTÆ.

Usu exigente) Hujus igitur ex parte causa est usus & indigentia. Aristot. 1. *polit.* Unde Div. Chrysost. *orat.* 76. hoc jus appellat εὕρημα βίου καὶ χρόνου, *Inventum, usus & temporis*. Exemplo potest esse inventio nummi, cui causam præbuit difficultas permutationum, *l.* 1. *ff. de cont. emp.*

Necessitatibus humanis) Hic locus confirmat receptam juris gentium distinctionem in primævum & secundarium. Illud enim, de quo §. 1. non est cogitatum aut inventum usu exigente, sed nobiscum natum; qualia sunt: Deum colere, parentes revereri, neminem lædere, &c.

Naturali Juri contraria) Ex hypothesi tamen & hæc naturalem rationem habent, puta si vim nobis illatam armis repellamus.

Omnes pene contractus) Τὸ pene additum est δι᾽ ἀκρίβειαν φιλοτεχνίας. Sunt enim quidam jure civili introducti, *l.* 5. *ff. de just. & jur.* veluti stipulatio, obligatio litterarum, donatio propter nuptias.

COMMENTARIUS.

1. *Jus Romanum quasi gentium quoddam jus apud omnes coli.*
2. *Confirmatio distinctionis juris gentium in primævum & secundarium.*
3. *Etiam inter ea, quæ juris secundarii, distinctione opus videri.*
4. *Bella & Belli effecta quo aspectu juri naturali contraria?*

EX *unaquaque civitate*) Jus civile non retinet unum idemque nomen, sed a nomine ejus civitatis appellatur, quæ id constituit: ut in hoc quoque discrepet a jure gentium.

Solonis vel Draconis) Prior Draco leges Atheniensibus dedit, in quibus Arist. 2. *Pol.* 10. scribit, nihil memorabile præter pœnarum acerbitatem fuisse. Pœna namque capitis fraudes prope omnes mulctabat. Unde Demadis illud laudatur, ὅτι δι᾽ αἵματος, οὐ διὰ μέλανος τοὺς νόμους ὁ Δράκων ἔγραψε. *Draconis leges non atramento, sed sanguine scriptas fuisse*. Plutarch. *in Solone* Solon deinde magna earum parte abrogata alias descripsit, quibus Athenienses feli issime sunt usi: *vid.* Aul. Gell. *lib.* 11. *cap.* 18. VINN. Ante Draconem Atheniensibus leges scripsit Triptolemus, de quibus Porphyr. 4. *de abstin. & animal.* p.431. Postea circa Olympiad. 39. Draco, & Olympiad. 46. anno 3. Solon, leges tulerunt, de quibus Pandulph. Pratejus, Jo: Meursius Des. Heraldus. HEIN.

A Quirino Quirites) Plerique tradunt, pace facta inter Sabinos & Romanos placuisse, ut Romani etiam Quirites a Curibus, Tarii Sabinorum Regis patria vocarentur. Varr. 4. *de ling.* Dionys. Halicarn. *lib* 2. Plutarch. *Romul.* In aliis est; Romani enim a Quirino Quirites appellantur, Hotom. Cujac. Wesemb. Cur

Romu-

Romulus dictus sit Quirinus, triplicem causam affert *Ovid. 2. Fastor.*

(1) *Nostrum jus*) Κατ' ἐξοχὴν. De Romani juris excellentia disserit M. Tullius in persona Crassi *lib. 1. de orat. cap. 43. seq.* Hodie jus civile Romanorum quasi gentium quoddam jus commune apud totam fere Europam observatur, utique in quibus causis propriæ leges aut consuetudines deficiunt.

(2) Sed & ad hujus juris normam dirigitur interpretatio quarumcumque constitutionum ac consuetudinum, quæ illi manifeste non repugnant: ac tametsi repugnent, tamen in ambigua facti specie ejusdem æquitatis mitigantur, & ita coercentur, ut commune hoc jus quam minimum lædant, de quo docte & acute D. Diod. Tulden. *in comm. hic cap. 3.* plene D. And. Gail. *2. obs. 33.*

Usu exigente) Hic locus confirmat receptam juris gentium distinctionem in primarium & secundarium: quamquam vitio non caret, quod Triphonianus non apertius distinctionem proponit. Primarium enim non ab hominibus excogitatum aut introductum est, sed nobis ingenitum: quemadmodum & notitiæ illæ simplices, unde illud promanat, mentibus nostris divinitus insitæ, & in cordibus nostris insculptæ sunt, etiam Apostolo teste *cap. 2. ad Rom.* Secundarium autem, (quod Grotio *1. de jur. bell. cap. 2. n. 4. est voluntarium*) ab hominibus inventum est, & mentis quadam agitatione, comparatis inter se aliis atque aliis rebus, excogitatum ad communem vitæ usum retinendamque gentium inter se societatem; ut hujus juris ex parte causa sit usus & indigentia teste Arist. *1. polit.* Quamobrem recte Div. Chrysostom. *oration. 76.* hoc jus ait esse *ἀγραφα βίου καὶ χρόνου. Inventum temporis & usus*; & hinc Dioni Prusensi *ἀγχεῖα νόμιμα* appellatur, multumque ad probationem hujus juris utimur auctoritate illustrium Historicorum. Hoc igitur jus non tam rationis luce exortum, quam ratiocinationis ductu collectum est, & usu exigente accommodatum non tam naturæ integræ bonitati, quam corruptæ necessitatibus, conjungitque Respub. & gentes inter se, quarum tacito quasi fœdere & conspiratione censetur. VINN. Rectius omnia cohærent, si dicas, jus naturæ *esse jus divinum per rectam rationem promulgatum*. Ab eo tunc non differt *jus Gentium*, nisi applicatione. Eadem enim rectæ rationis dictamina prout vel negotiis hominum, vel integrarum gentium applicantur, modo jus naturæ, modo jus *gentium* appellantur. Quemadmodum vero jus naturæ vel *absolutum* est; vel *hypotheticum*: ita & gentium negotiis applicatum absolutum a Doctoribus *primarium*; hypotheticum *secundarium* dicitur. HEIN.

Gentes humanæ) Non quod legis sanciendæ causa gentes omnes in unum convenerint: sed quia illud jus propter communem utilitatem tacito consensu gentium approbatum & ab omnibus receptum est.

(3) *Bella orta sunt*) Etiam inter ea, quæ sunt, juris gentium secundarii, aliqua distinctio facienda videtur. Nam initio simulatque societates humanæ constitutæ sunt, simul necesse fuit dominia distinguere, jura commerciorum introducere: bella autem postea orta sunt, utpote quæ malitia hominum & habendi libido introduxit, & consequenter etiam bellorum jura. Scite Portius §. *præced. n. 3. Bella*, inquit, *sunt ex jure gentium non dispositive, sed accidentaliter, distinctis dominiis.*

Juri naturali contrariæ) Bella, & hinc secutæ captivitates & servitutes, si per se spectentur, a ratione naturali prorsus aliena sunt: neque enim, quod utilitas omnium gentium exigit, societatem humanam bella tuentur, sed oppugnant atque evertunt. Ex hypothesi tamen & hæc rationem naturalem habent. (4) Etenim si vim & injuriam nobis aut sociis nostris illatam vi & armis defendamus, aut etiam vindicemus captus hostes etiam in servitutem nostram redigamus, ut metu talis pœnæ improbi ab injuria in posterum abstineant, nemo, opinor, est, qui negabit hoc summa cum ratione fieri; de quo iterum & latius tit. seq.

Omnes pene contractus) Τὸ *pene* additum δι' ἀλλαξιαν φιλοτιμίαν, & est temperamentum Jurisconsultis familiare, qui passim hujusmodi particulari adjectione sibi cavere solent, quando quid generaliter enunciant, aut definiunt; propterea quod in jure generalis definitio plerumque periculosa est, *l. omnis definitio 202. de reg. jur.* quod & Justinianus hic facit, respiciens haud dubie ad *l. 5. de just. & jur.* ubi Hermogenianus scribit, quosdam contractus a jure civili introductos esse: quinam autem isti sint, non definit. Vulgo quidem putant esse hos quatuor, stipulationem, obligationem litterarum, contractum emphyteuticum, & sponsalitiam largitatem: sed quam recte suis locis videbimus. Illud interim hic affirmare ausim, nullam obligationem dici posse simpliciter & absolute esse juris civilis, sed κατά τι dumtaxat, quatenus nimirum nonnisi sub certo modo & forma ex consensu obligatio jure civili producitur.

Emptio & Venditio, &c.) Hæc certa auctoritate juris Auctorum probantur. Quamvis in quæstionibus, ubi rei veritas exquiritur (qualis hæc est, An aliquid sit juris gentium, nec ne?) non tam Auctores, quam rationum momenta in disputando quærenda sunt; ut scribit Cicero *1. de natur. Deor. cap. cap. 5.* & posita hæc sunt extra potestatem legislatoris.

TEXTUS.

Divisio Juris in scriptum, & non scriptum; & subdivisio Juris scripti.

3. *Constat autem jus nostrum, quo utimur, aut scripto, aut sine scripto: ut apud Græcos τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum autem jus est, lex plebiscitum, senatusconsultum, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentum.*

NOTÆ.

3. *Quo utimur*) Abest a *l. 6. §. 11. de just. & jur.* unde hæc sumpta, nec Cujac. Hotom. Wesemb. agnoscunt.

Scripto aut sine scripto) Distributio juris civilis a forma & modo constituente ex *dict. leges 6. §. 1.* alterum enim expresse sancitur & scripto promulgatur, alterum tacito consensu utentium introducitur, *l. 32. pr. ff. de leg.*

Apud Græcos) Plat. *lib. 7. de legib.* & apud Laert. Arist. *1. Rethor.* qui & *3. Eth.* meminit legum κατὰ τὰ γράμματα & κατὰ τὰ ἔθη.

Scriptum) Subdivisio juris in sex species. Papinianus *leg. 7. ff. de justit. & jur.* quinque tantam enumerat; sed ille arctius jus civile accipit; eique prætorium ut speciem universam opponit. Mox tamen Marcia-

cianus jus honorarium vivam appellat vocem juris civilis, *l. 8. ff. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Scripturam non pertinere ad legis essentiam:*
2. *A quo tempore lex obligare incipit?*

JUS scriptum in divisione proposita non opponitur omni juri non scripto; nam & jus naturale, ac gentium est ἄγραφον sed tantum ei juri, quod moribus & longa consuetudine introductum est; eodem enim sensu jus dividitur in legem & consuetudinem, legis voce latius accepta pro quavis parte juris scripti. Desumptus hic locus est *e l. 6. §. 1. & l. seq. de just. & jur.*

(1) *Scripto aut sine scripto*) Distributio juris civilis ex accidenti & causa instrumentali. Nam formalis differentia legis sive ejus juris, quod opponitur juri non scripto aut consuetudini, non est scriptura, sed expressa voluntas & sanctio civilis potestatis: sicut e contrario consuetudo aut jus non scriptum formam & essentiam suam habet a tacita voluntate & consensu utentiis populi, §. *sine scripto 9. inf. eod. l. de quibus 32. de leg.* Hujus rei evidentissimum argumentum est, quod nec consuetudo in scripturam redacta lex fit, nec lex non scripta consuetudo. Lacedæmonii scriptis legibus usi non sunt, legibus tamen usi sunt, atque una τῶν καλουμένων ῥητρῶν hæc erat, μὴ χρῆσθαι νόμοις ἐγγράφοις *scriptis legibus non uti*. Plutarch. *in Lycurg.* p. 47. Atque ut e Romana Republica exemplum petamus, numquid lex erat, cum rogante Magistratu, *Velitis, Jubeatis, Quirites, &c.* populus in tabellis respondisset, *Uti rogas?* Quod autem rei jam in esse suo constitutæ ex accidenti supervenit, id de illius rei essentia non est. At enim, inquies, sine quo lex non obligat, id utique est ei essentiale: sine scriptura autem non obligat, cum sine ea in notitiam populi pervenire non possit, *arg. l. leges sacratissimæ 6. C. de leg.* Ut de propositione nihil in præsentia dicam, falsam esse assumptionem evincit, tum exemplum prolatum, tum leges, quas diximus Lacedæmoniorum. Ratio quoque assumptionis falsa est. Quid enim? an non voce præconis quoque lex promulgari potest? & proinde certum est in *l. humanum 8. Cod. de legib.* faciliorem tantum promulgandi rationem proponi. Cur igitur legem appellamus jus scriptum? Quia nimirum postquam lata esset, scribi solebat, & scripto promulgari, aut in tabulis incisa publice proponi, quo & cognosceretur facilius, & minore negotio probaretur. Moris quoque erat apud Romanos, ut qui legem ferre vellet, eam trinundino promulgaret, id est, de sua lege ad populum diceret, eamque scriptam publice propositam haberet, quo potestas fieret populo cognoscendi otiose, & ut inde liceret librariis describere, si qui vellent Legem apud se habere, ut liquet ex 2. Agraria. Plane, si non alio modo promulgandi civitas utatur, quam per scripturam; potest dici, scripturam ad vim legis necessariam esse: neque enim ante lex vi sua constat, civesque ad observationem vel pœnam obligat, quam populo innotescere potuerit; quod sine promulgatione, sive publicatione aliqua fieri non potest, *l. 7. cum 2. seqq. C. de legib.* Perex *ad C. de leg. n. 18.* (2) An igitur lex statim ut publicata est, obligat? Maxime: eoque jure utimur, extra quam si certum tempus non statim lege comprehensum sit, ex quo vim capiat, ut fit interdum, *Nov. 57. in fin. Nov. 116. c. 1.* Extat sane constitutio quædam ἐκ τῶν νεαρῶν, quæ indulget spatium duorum mensium a die publicationis observandum in omnibus novis legibus, *Nov. 66. c. 1.* Verum ea constitutio recte sic a plerisque accepta est, ut prosit hoc spatium ad allegationem ignorantiæ, atque hæc interim præsumatur, non quia lex promulgata citius obstringat eum, in cujus notitiam ante pervenit. Quod si quis post lapsum ipsius temporis ignorantiam allegat; esse quidem adhuc audiendum, sed hac conditione, ut causam ignorantiæ, quam allegat, probet, per *l. ult. de decr. ab ord. fac.* Gudelin. 5. *de jur. nov. c. 2.* add. Christ. *vol. 2. dec. 52. n. 2. & seqq.* VINN. *Scriptum jus* revera idem est, ac promulgatum: *non scriptum* ac non promulgatum. Loquutio a Græcis descripta, quibus γράφειν νόμους non est leges *scribere*, sed *publicare*. Hinc & Lycurgum γράψαντα νόμους ait Liban. p. 476. *Tom. 1.* quum tamen Lycurgi leges scriptura vulgatas non esse, satis constet. Plutarch. in Lycurg. p. 47. Hinc & jus civile a prudentibus invectum sine scripto venire & consistere dicitur, *l. 2. §. 5. & 12. ff. de Off. J.* non, quod litteris consignatum non fuerit, sed quod non solemniter publicatum. Eodem modo Plato, apud Laert. *Lib. 3.* νόμον dividit in γεγραμμένον καὶ ἄγραφον & hunc esse ait τὸν κατὰ ἔθη γινόμενον, *qui in more vel consuetudine positus est*. HEIN.

Scriptum autem jus) Subdivisio juris scripti, quæ quidem ad juris præsentis auctoritatem non multum pertinet: omnia enim, quæ in libris nostris continentur, auctoritate Justiniani nituntur, *l. 1. & 2. C. de vet. jur. enucl.* Sed quoniam hæc confirmavit Justinianus, quia in veteri jure erant, ideo & hic & in π extare voluit testimonia ex jure propriorum temporum, ut juris constituti historia intelligeretur.

TEXTUS.

De lege & plebiscito.

4. *Lex est, quod populus Romanus senatorio Magistratu interrogante (veluti Consule) constituebat. Plebiscitum est, quod plebs plebejo Magistratu (veluti Tribuno) constituebat. Plebs autem a populo eo differt, quo species a genere. Nam appellatione populi universi cives significantur, connumeratis etiam Patriciis & Senatoribus. Plebis autem appellatione sine Patriciis & Senatoribus cæteri cives significantur. Sed & plebiscita, lege Hortensia lata, non minus valere, quam leges cœperunt.*

NOTÆ.

4. *Lex est*) Legis nomen hic distinctissime accipitur, alias jus omne scriptum significat, opponiturque consuetudini, ut passim in libris nostris, & apud Cic. 1. *de oblig. cap. 6.* Sæpe etiam non minus late extenditur, quam vocabulum juris; ut & νόμος apud Græcos.

Interrogante) Mallem *rogante*, ut quidam. Rogabant Magistratus populum his verbis, *Velitis, Jubeatis, Quirites, &c.* Populus respondebat in tabella vel A. id est *Antiquo*, vel U. R. id est, *Uti rogas*.

Veluti Consule) Item Dictatore & Prætore, non etiam Censore. Addit Hotomanus & Interregem: sed perperam. Nam interregibus comitia habere ferendis legibus non licuit; ut patet ex 3. in *Rullum*. Vid. Nic. Gruch. 1. *de comit. Rom.* 3.

Plebiscitum) Ἀπὸ τοῦ sciscere, ψηφίζεσθαι quod est discernere & constituere, non ἀπὸ τοῦ scire. Fabrot.

Velu-

Veluti Tribuno) Alium Magistratum plebejum roga-
tionem ad plebem tulisse, nemo prodidit.
Quo species a genere. Rectius dixisset, *quo pars a to-*
to. Populus enim est σύνολόν τι quod ex partibus suis
plebe & Patriciis constat. Interdum tamen populum pro
plebe dixerunt. *Gloss.* gr. lat. δῆμος populus, vulgus.
Lege Hortensia) Primum lege Horatia secessione in
Aventinum; deinde lege Hortensia, secessione in Jani-
culum. Cujacius ex Liv. & Plin. add. Gell. 15. c. 27.
VINN. Immo tres ordine leges eam in rem latæ sunt.
Horatia anno U. C. 306. Liv. III. 55. *Publia* an. U.
C. 416. Liv. VIII. 12. Et denique *Hortensia* an. U. C.
466. Epit. Liv. l. 11. Gell. XV. 26. HEIN.

COMMENTARIUS.

1. *Legis variæ significationes.*
2. *Non omnibus Magistratibus senatoriis legibus feren-dis comitia habendi jus fuisse.*
3. *Patricios genere semper, non ordine a plebeiis distinctos.*

SEquitur singularum juris scripti partium explicatio: cui nos lumen aliquod ex antiquitatis memoria afferemus; cujus ignoratio crassos errores peperit.

(1) *Lex est*) Legem a *legendo* dictam, scribit Cicero *l. 1. de leg. c. 6.* Quoniam in lege inest vis delectus: jubet enim quæ honesta sunt, prohibetque contraria. Unde vocabulum legis non minus late patet, quam juris; tam enim dicimus, lege naturæ quid concessum aut vetitum esse, quam jure, ut apud Ciceronem passim: frequentissime autem legem appellamus, quæ scripto sancit, quod vult: eaque popularis est hujus vocis significatio, teste eodem Cicerone *d. l. 1. de legib. cap. 6.* Neque tamen omnis scripta sanctio arcto significatu lex est, sed ea tantum, qua universus populus obstringitur: nec alia de causa plebiscita initio leges dicta non sunt, quam quod partem tantum civium obligabant. At post legem Hortensiam plebiscita non minus proprie leges appellata, quam quæ populus centuriatim jussisset.

(2) *Senatorio Magistratu*) Lex ferebatur comitiis centuriatis a Magistratibus, penes quos erant majora Reipublicæ auspicia, puta a Consule, Dictatore, vel Prætore; non autem ab omnibus Magistratibus senatoriis aut curulibus, non a Censore, Interrege, aut Ædilibus curulibus. Interreges quidem Magistratibus creandis centuriata comitia habere poterant: sed legibus ferendis habere iis non licuit: ut apparet ex 3. *in Rul. lum*, nimirum quia in interregno nihil prius cum populo agi licebat, quam subrogati essent ordinarii Magistratus. Sed neque Censores centuriatis comitiis legem tulisse usquam legimus; cumque leges censorias apud Auctores reperimus, pro Censorum subscriptionibus, ut Cicero *pro Cluentio* appellat, aut locationibus Censoribus factis, ut 7. *in Verrem*, accipi debent. Populi tamen vocandi jus habuisse, ex iis, quæ de lustri condendi ratione Livius commemorat, ostendi potest. Postremo nec Ædiles curules ulla comitia habuisse usquam invenias, qui nec alias jus agendi cum populo habuerunt, præterquam in mulctæ certatione; de quo vid. Nic. Gruch. l. 1. *de comitiis Rom.* c. 3. & *leg.* 2. *cap.* 3. VINN. Præter Consules, Dictatores & Prætores leges etiam tulerunt Magistratus majores extraordinarii reliqui, veluti *Tribuni militum consulari potestate*, & *decemviri*. De Censoribus subsisto, ob legem Cæciliam de fullonibus, a Censore quippe latam, si credendum Plin. *Hist. N.* XXXV. 17. HEIN.

Interrogante) Rogabat Magistratus his verbis; *Velitis, Jubeatis, Quirites*, &c. Populus respondebat in tabella vel per litteram A, id est, *Antiquo*, vel per *U. R.* id est, *Uti rogas*, quod ex antiquorum plerique locis intelligitur, *vid. Agell. l.* 10. *cap.* 20.

Veluti Tribuno) Tribuni & Ædiles plebeji proprii plebis Magistratus erant: sed Ædiles rogationes ad plebem tulisse nemo prodidit. Plebiscita comitiis tributis, leges centuriatis aut curiatis ferebantur; qua de re antiquitatis studiosi consulant Car. Sigonium, & Nic. Gruchium, qui ex professo de comitiis Romanorum, & quæ res, quibus comitiis tractari solitæ, scripserunt; quædam & nos notavimus sub §. 1. *inf. de testam. ord.* VINN. Sæpe tamen & leges tributim latas esse exempla docent quamplurima. Nam & majores magistratus senatorii tribus in suffragia mittebant. Exemplum est in lege Quintia apud Frontin. *de aquæduct.* & Reines. *Inscript. class.* 7. §. 10. HEIN.

Quo specie a genere) Rectius dixisset. *Quo pars a toto.* Est quidem & genus quoddam totum; sed universale, & species pars generi subjecta; sed tale totum non est populus, sed σύνολόν τι quod ex partibus suis, plebe & Patriciis constituitur.

(3) *Sine Patriciis & Senatoribus*) Hæc ad rationem priorum temporum proponi videntur, quibus honores & dignitates omnes soli Patricii sibi vindicabant. Nam ex quo etiam plebi aditus ad Magistratus populi & in Senatum esse cœpit, senatores plebejis opponi desierunt. Sane Patricii gente sive genere a plebejis semper distincti fuerunt. Dico genere: nam quod ad ordinum pro censu cujusque distinctionem attinet, certum est, multos e Patriciis familiis, puta qui equestrem aut senatorium censum non habebant, in ordine plebejo, & contra plurimos ex plebejis gentibus in ordine equestri aut senatorio fuisse. Quin olim etiam antequam ex censu maximo Senatores esse cœperint, quod postremis temporibus factum esse scribit Plinius in *proœm. lib.* 14. ipsi senatores, qui minimi census erant, inter pedites enumerabantur, & suffragium si ferre vellent, in quinta classe suffragium dicere debebant, vide Gruch. *l. 1. de comit. Rom. cap.* 4.

Lege Hortensia) Tribunitiis rogationibus initio pars tantum civium, non omnes adstringebantur. Primi L. Valerius & M. Horatius Consules, cum velut in controverso jure esset, tenerenturne patres plebiscitis, legem centuriatis comitiis tulerunt, ut quod tributim plebs jussisset, populum teneret. Id factum anno ab urbe condita 304. secessione secunda in Aventinum, Liv. *leg.* 3. Idem postea confirmatum lege Hortensia lata a Q. Hortensio Dictatore secessione tertia in Janiculum, anno ab U. C. 367. Et iterum a Dictatore Q. Publio anno ab U. C. 413. vid. Liv. *lib.* 8. *Flor. in epit.* 11. *lib.* 15. *cap.* 27. VINN. Ordo temporum hic plane perturbatus. Diximus supra ad Notas h. §. HEIN.

Non minus valere, quam leges) *Ita factum est*, ait Pomponius *lib.* 2. §. *deinde* 8. *de orig. jur. ut inter legem & plebiscitum species interesset constituendi: potestas autem eadem esset.* In summa ut plebiscita etiam leges revera & essent & appellarentur.

T E X T U S.

De Senatusconsulto.

7. *Senatusconsultum est, quod Senatus jubet atque constituit. Nam cum auctus esset populus Romanus in eum modum, ut difficile esset in unum eum convocari legis sanciendæ causa; æquum visum est, Senatum vice populi consuli.*

N O T Æ.

5. *Auctus esset populus*) Ita & in *l. 2. §. deinde 9. ff. de orig. jur.* An autem hæc causa fuerit, an potius ambitio & astutia Cæsarum, melius, & Tacit., 1. *annal. cap.* 15. & Sueton. *in Tiber. cap.* 30. disces. Quibus modis Senatusconsultum fieret, vide Varronem apud Gellium *lib.* 14. *cap.* 7. In notis SC. D. *Senatusconsultum decrevit*. Grot.

COMMENTARIUS.

1.* *Quando & unde Senatus Juris condendi auctoritatem acceperit?*

Constat, jus legis ferendæ, stante adhuc Repub. solius populi, non senatus fuisse: cui quidem, ut consilio publico, permissum erat de iis rebus, quæ ad constituendam Rempub. pertinebant, cognoscere atque decernere; sed ita, ut quæ majoris momenti viderentur, non aliter rata essent, quam si ea aut populus aut plebs confirmasset. Polyb. *lib. 6. cap.* 12. Dion. Halic. *l.* 4. & 7. nec ullo senatusconsulto aut novum introductum aut vetus sublatum legimus: ac ne Julio quidem & Augusto imperantibus ulla hujusmodi senatusconsultorum mentio, sed legum tantum aut plebiscitorum. Ac proinde verissimum est, quod Bodinus *l. 1. de repub.cap.* 10. scribit, Senatui Romano ab exactis urbe Regibus usque ad Tiberii Cæsaris dominatum leges jubere non licuisse, sed decreta tantum annua, quæ tamen nec populum, nec plebem tenerent, & manifeste fallitur D. Connan. *l. 2. c. de senat.* Senatui Romano tribuens perpetuam legis condendæ potestatem. Nam Dion. Halic. *d. l.* 4. expresse scribit, senatusconsulta nullam vim legis habuisse, nisi plebs ea probaret; & quæ populus probaverat, annua tantum fuisse, nisi rogatione ad populum vel ad plebem vim legis adipiscerentur. Quid igitur *est*, quod Jurisconsultus scribit in *l. non ambigitur 9. de leg. Non ambigi Senatus jus facere posse*? Non potuit integra adhuc Repub. sed tum demum posse cœpit, cum comitia e campo ad Patres translata sunt; quod a Tiberio primum factum esse testatur Tacit. *l. 1. annual. c.* 15. Quippe Cæsar Dictator, auctore Suetonio, in Jul. c. 41. jus comitiorum non in totum populo ademerat, sed cum eo partitus erat. Atque idem jus bellis civilibus diu intermissum reduxerat Augustus, sic enim accipio quod idem Suetonius c. 4. *in Aug.* scribit; *Augustum jus pristinum comitiorum reduxisse*; eumque Suetonii sensum ex Dione adstruit Just. Lipsius, ego etiam ex verbis Taciti, quæ mox subjicit: *Nam ad eam diem*, inquit, *etsi potissima arbitrio Principis, quædam tamen studiis tributum fiebant*. Ex eo igitur tempore legibus & plebiscitis quiescentibus senatus jus facere cœpit: quamquam non tam propria auctoritate, quam conniventia quadam & indulgentia Principum, quod vel unus Tacitus nos docere potest, & arguunt orationes Principum in Senatu haberi solitæ, in quas senatusconsulta fiebant. Tandem translato in Orientem imperio, mutataque penitus reipubl. forma, hæc potestas Senatus exolevit, atque a Leone Philosopho etiam nominatim Senatui adempta est. *Nov. Leon.* 78.

* *Viennius in Institut.*

Nam cum auctus) αὐτὸ γὰρ [illegible]. Nam ex Livio *l. 1. c.* 17. Dionys. Halic. *l. 2. & p.* 392. discimus, senatusconsultorum primordia vetustissima esse: legemque jam inde ab urbe condita fuisse, quæ omnia in Senatus potestate ponebat, præter Magistratuum creationem, legum lationem, & belli inferendi deponendique arbitrium. Sed fortassim hoc dicere Justinianus voluit; quod & Pomp. in *l. 2. §. deinde 9. de orig. jur.* aucto populo in eum modum ut difficulter jam omnes convenire possent, necessitatem eo rem deduxisse, ut æquum visum fuerit etiam de iis rebus Senatum consuli, de quibus antea ad populum ferri solebat. Sed & hoc ipsum falsum esse, ex iis, quæ paulo ante diximus manifeste liquet, Potestatemque populi ad Senatum translatam astutia Cæsarum, qui ut Tranquillus in *Tiberio* scribit *c. 29. & seqq. Senatus potentiam augendo, suæ serviebant*.

T E X T U S.

De Constitutione.

6. *Sed & quod Principi placuit, legis habet vigorem, quum lege regia, quæ de ejus imperio lata est, populus ei & in eum omne imperium suum & potestatem concedat. Quodcumque ergo Imperator per Epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto præcepit, legem esse constat. Hæc sunt, quæ constitutiones appellantur. Plane ex his quædam sunt personales, quæ nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc Princeps vult: nam quod alicui ob meritum indulsit, vel si quam pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non transgreditur. Aliæ autem cum generales sint, omnes procul dubio tenent.*

N O T Æ.

6. *Lege Regia*) Ex *l. 1. ff. de constit. princ.* Lex Imperii dicitur *l. 3. C. de test.* De lege regia cognosce ex indice *leg. Roman.* Hotomani.

Per Epistolam) Epistola est rescriptum Principis, quo de jure consulentibus respondet; Ut passim *in Cod.*

Decrevit) Decretum Principis dicitur, cum ipse de causa cognoscit, & partibus auditis pronunciat; ut in *l. 3. ff. his quæ in test. del.* [illegible] in Gloss. Basilic.

Edicto præcepit) Edictum est, cum Princeps motu proprio, [illegible], aliquid constituit ad honestatem & utilitatem subditorum. Theoph. & *l. 3. Cod. de legib.* & fere ad præfectos prætorios hujusmodi constitutiones diriguntur: ut in *l. 6. Cod. de secund. nupt.* & similib. VINN. Immo & ad Præsides dirigebantur edicta, ut *L. unic. Cod. Theodos. de Strator. Libr. 6. tit.* 31. quin & ad provinciales, veluti *L. 17. C. Th. de tiron. Lib. 7. tit.* 13. HEIN.

Personales) Hæ sunt, quæ privilegia Latinis dicuntur, eo quod veteres privo dixerunt, quæ nos *singula* dicimus. Gell. 10. *cap.* 20. Fest. in voce *prius*, & ibi Jos. Scal. *in annot.* alias jus singulare, *l. 16. ff. de legib.* Hujusmodi sunt privilegia militum, doctorum, studiosorum, &c.

Pœnam irrogavit) Nempe graviorem ordinaria propter exemplum. Obiter hic nota, privilegia non solum pro aliquo, sed etiam in aliquem ferri posse, ut in Milonem a Pompejo, a Clodio in Ciceronem lata sunt.

Personam non transgreditur). Non producitur hoc jus ad consequentias, *l. 24. ff. de leg.* Non transit ad successores. *l. 68. l. 169. de reg. jur.*

COMMENTARIUM.

1. *Lege regia jus omne populi privative in Principem translatum.*
2. *Genera constitutionum exposita.*
3. *Quid & quotuplices sint, tum quam vim habeant constitutiones personales & privilegia, & n. 5.*
4. *Privilegiorum rariorem usum esse in statu democratico, quam in monarchico.*
6. *De scriptis contra jus elicitis & de precibus sub & obreptitiis, nec non de moratoria præscriptione.*

LEge Regia) Hæc eadem habet Ulp. *l. 1. de const. princ.* Latam autem fuisse legem, idque sub Augusto, eamque secutum in eamdem sententiam senatusconsultum, qua lege populi omnis potestas Principibus concessa, ipsique legibus soluti sunt, probatur testimonio Dionis, qui l. 53. de principibus loquens, λέλυνται, inquit, τοῖς ῥήμασιν αὐτὰ τὰ λατεῖνα ῥήματα λέγει, ut *ipsa verba latina sonant*. Quod non nisi de verbis alicujus regis accipi potest. Eadem est, quæ lex imperii dicitur; *l. ex imperfecto, 4. C. de testamen.*

Ei, & in eum) Hæc verba *in eum* Theoph. Hotom. Wesem. interpretantur in se, quod nimis argutum. Probabile est, populum his verbis in formula legis usum ad ostendendam enixam suam voluntatem omne imperium suum παντελῶς transferendi. Fabrot. VINN. Alia exempla *ubi omnia & in omnibus* simili pleonasmo junguntur, collegit Ger. Noadt. *Obs. 1. 3.* qui recte docet, *ei & in eum* unum valere, probante hanc observationem V. U. Card. Andr. Dukero *de Lat. JC. Vet. p. 324.* HEINN.

(1) *Omne imperium & potestatem*) Ergo populus non retinuit veterem potestatem, eamque cum Principe communicavit dumtaxat, sicuti illi sentiunt, qui populum non privative sed cumulative, potestatem suam in Principem contulisse contendunt; qui error in notissima Politices principia impingit, & manifestior est quam ut refutari debeat. Non equidem nego jura majestatis ita dividi posse, ut non omnia in unum, quem Principem constituit populus, transferantur: sed quædam apud Optimates aut populum remaneant, atque ita temperatum ac mixtum fiat imperium: sed eadem jura majestatis & transferri & retineri nullo modo possunt. Nihil ad rem facit, quod Principes ab invisis populo nominibus Regis aut Domini abstinuerunt, cum alio sub nomine regiam potestatem exercent, auctore Dione *d. l. 55.* quod non satis examinavit D. Gudelinus *lib. 5. de jur. noviss. c. 3.* multo autem minus jus illud imaginarium populi in suffragiis ferendis, aut illa in jure condendo precaria Senatus auctoritas. Manebant enim tunc temporis adhuc, ut inquit Tacitus, *Vestigia morientis libertatis.* Et verissime de populo Rom Juvenalis *Satir. 10. v. 77.*

Qui dabat olim
Imperium, fasces, legiones, omnia nunc se
Continet, atque duas tantum res anxius optat,
Panem, & Circenses.

(2) *Quodcumque ergo Imperator*) Constitutiones Principium non sunt unius generis. Distinctio a causa finali, hoc est, a scopo & intentione Principis sumenda. Etenim vel hoc aperte & directe Princeps agit, ut legem condat, & jus præscribat, quod fit non tantum. cum generaliter & motu proprio quid constituit ad usum subditorum, quæ species constitutionis edictum dicitur, & lex edictalis, *l. 6. C. de sec. nupt.* cum simil. sed etiam cum respondet Magistratibus de jure dubio consulentibus. Quamquam Theophilus hoc genus constitutionis epistolæ speciem facit: vel non agit id principaliter, ut jus aliquod in commune constituat, sed ut specie litem aliquam inter partes componat; & tam propter excellentiam & dignitatem personæ constituentis id quod constituit, legis vigorem habet; *de const. Princ. l. ult. C. de leg.* cum a judicibus res judicatæ aliis non noceant: *tit. Cod. res int. al. act. vel non jud. al. non noc.* ac ne sententiæ quidem latæ in consistorio Principis, aut ab ipso quidem Principe, sed ad relationem & consultationem judicum: *l. 2. l. 3. C. de legib.* Vid. tamen Christin. *vol. 2. decis. 67. n. 3. & seqq. & vol. 3. dec. 112. n. 8. & 9.* Posterioris hujus generis duæ sunt species, & epistola, & decretum. Epistola proprie dicitur, cum privat[illegible] de jure suo consulentibus Princeps rescribit. Decretum ἀπόφασις βασιλική, cum ipse de causa cognoscit, & partibus auditis sententiam pronuntiat: quem veterum Principum morem fuisse testantur historiæ AA. scriptores. Elegans exemplum habemus *in l. 3. de his quæ in test. del.* VINN. Alia exempla exstant in *L. 13. ff. quod. met. caus. L. 4. 1. ff. de inst. hær.* Conf. Jac. Goth. *ad l. ult. Cod. Th. de offic. jud. omn.* ubi plenissime de modo, quod principes in decernendo observabant. HEINN.

(3) *Quædam sunt personales*) Cum dixisset, non ea tantum, quæ Princeps edicto præcepit, sed etiam quæ per epistolam constituit, cognoscens decrevit, vim etiam in aliis causis & personis habere: id nunc ex Ulpiano in *d. l. 1. §. 2. de const. Princ.* sic temperat, nisi aliam esse voluntatem & sententiam Principis appareat: esse enim constitutiones quasdam personales, quibus jus singulare in certæ alicujus personæ gratiam constituitur. Hæ sunt, quæ *privilegia* Latinis dicuntur, eo quod Veteres *priva dixerunt*, *quæ nos singula dicimus*, auctore A. Gellio *l. 1. c. 20.* & Festo in voce *privus*, ubi Jos. Scal. *in annot. Ostendit me*, inquit, *quod apud Ciceronem pro hac voce privatum substituerunt*, ut in ea pro dom. c. 17. *Vetat leges sacratæ, vetant XII. Tabulæ leges privis hominibus irrogari*. At hodie legunt *privatis* c. 19. Idem 3. de leg. *Tantum majores in posterum providisse, in privato homines leges ferri noluerant. Cum Cicero scripserit, in privato homines. Subjicit enim. Id enim est privilegium. Postea interpretatur, ferri de singulis nisi centuriatis comitiis noluerunt.* Ait autem Justinianus, hujusmodi constitutiones personales sive privilegia aut jura singularia in exemplum non trahi, nec personam egredi: quoniam non ea mens sit Principis, qui solius puta Titii aut Sempronii causa aliquid constituit, ut id quod ita constituit, in universum pro jure observetur, aut ad alios transferatur. Apparet vero ex ipsis verbis non agi hoc loco de privilegiis causæ aut rei, sed personæ, quibus sola personæ conditio locum facit: qualia sunt privilegia militum, doctorum, studiosorum, &c. Item immunitas certæ personæ tributa, *l. 1. §. 1. de jur. immun.* jus tacitæ hypothecæ, quod in exigenda dote mulieri indultum est in bonis mariti, & nominatim a Justiniano cum hoc privilegio, ut aliis creditoribus hypothe-

pothecariis etiam tempore prioribus præfertur; *l. aſſid.* 12. *C. qui pot. in pign.* Tale item beneficium eſt, quod parenti, patrono, marito, donatori; &c. conceſſum, ut in id tantum quod facere poſſunt, condemnentur; *leg. ſunt qui,* 16. *& ſeqq. de re jud. l.* 11. *& ſeq. ſol. matr.* Hæc & ſimilia perſonarum privilegia, deficiente perſona, cui data ſunt, ſtatim ſimul deficiunt, aut extinguuntur, neque ad ſucceſſores tranſeunt; *dd. ll. l. in omnibus* 68. *l. privilegia* 196. *de reg. jur.* niſi id quoque nominatim privilegio cautum ſit; *l.* 4. *de jur. immun.* At quæ privilegia magis cauſæ quam perſonæ præſtantur, ea hæredibus quoque & cæteris ſucceſſoribus tribuuntur; *d. l. in omnibus* 68. *& d. l. privilegia* 196. *de reg. jur.* Cujus generis beneficia ſunt immunitates generaliter locis aut civitatibus aut familiis datæ: *l.* 4. §. 3. *de cenſib.* induciæ temporis quæ judicatis indulgentur; *l. tempus* 29. *de re jud.* jus ante omne creditum deducendi impenſas funeris; *l. pen. junct. l. filius fam.* 31. §. *ult. de rel. & ſumpt. fun. &c.* de quo adi D. Pet. Fab. *add. l. in omnibus* 68. *& d. l. privilegia* 169. *de reg. jur.* Chriſtin. *vol.* 5. *dec.* 47. *n.* 30. *ſeqq.* Uſus privilegiorum, ut hoc obiter addam, frequentior eſt, ubi ſinguli regunt, quam ubi univerſi, propterea quod in ſtatu populari major eſſe debet æqualitatis obſervatio. Quam ob cauſam etiam lege XII. tab. cautum fuit, *Ne privilegia ignorarentur*, teſte *Cic. pro dom. ſua*, quod Decemviros a Græcis accepiſſe ex oratione *Demoſthenis contra Ariſtocratem* liquere poteſt. Cæterum hoc juris erat ordinarii: nam extra ordinem jure ſupremæ poteſtatis privilegia etiam a populo aliquando ferebantur; ſed nonniſi centuriatis comitiis: Cic. 3. *de Legib. c.* 19. Quale illud apud Romanos fuit, ut quis ante Magiſtratum capere poſſet, quam per leges licebat. Sic Athenienſes cum injuriari nullius teſtimonium admitterent, ſoli Xenocrati remiſerunt jusjurandum; Diog. Laert. *in Xenocr.*

(5) *Ob meritum indulſit*) Tres perſonalium conſtitutionum ſpecies hoc loco proponuntur. Si quid Princeps alicui ob meritum indulſit: puta immunitatem ab oneribus publicis. Si quam pœnam irrogavit: puta graviorem ordinaria propter exemplum. Si cui ſine exemplo ſubvenit; puta gratiam delicti fecit. Ubi obiter notandum, privilegia non ſolum pro aliquo, verum etiam in aliquem ferri poſſe, ut in Milonem a Pompejo, in Ciceronem a Clodio lata ſunt: Cic. *pro dom. ſua*, c. 17. Illud hic prætereundum non eſt, non ut quiſque privilegium a Principe impetravit, ita & continuo id valere. (6) Nam primo reſcripta Principum contra jus, vel utilitatem publicam elicita a judicibus improbari etiam ipſorum Imperatorum conſtitutionibus jubentur, extra quam ſi proſint petenti, & alium non lædant, vel crimen ſupplicantibus indulgeant; *l.* 3. *&* 7. *C. de prec. imp. off. l. ult. C. ſi cont. jur. vel util. publ.* ut licet cum læſione alterius, moratoria dumtaxat præſcriptio debitori permittatur; ut eſt in *l.* 2. *C. de prec. imp. offer.* id eſt, exceptio dilatoria: excepto, non qua perimatur actio, ſed petitio & exactio in tempus certum differatur, ſpatio ad ſolvendum debitori dato: *Brieven van reſpiit*. Quo tamen caſu placet non aliter reſcriptum valere, quam ſi fidejuſſio idonea ſuper debiti ſolutione præbeatur; *l.* 4. *C. de tit.* quod & cautum Caroli V. *edicto* 9. *Maij* 144. *art.* 32. Secundo ſi Principi obreptum ſit, celata ſcilicet veritate; vel ſubreptum expreſſo mendacio, reſcripti fructu privari jubetur, qui id impetravit; *l.* 2. *C. de legib. l. pen. C. ſi cont. jus vel util. publ.* Utrumque ex voluntate & mente Principis ſumptum eſt, qui non creditur aliquid velle contra utilitatem publicam concedere: aut aliter quam ſi preces veritate nitantur: *l.* 7. *C. de div. reſcr. l. pen. & ult. C. ſi cont. jus & lit.* Groenevv. *tract. de ll. arb.* Gail. 1. *obſ.* 14. Tuld. & Petez. *poſt DD. comm. ad d. tit. C. ſi cont. jus vel. ut pub.* Ant. Fab. *C. ſuo ibid. defin.* 1. Chriſtin. *vol.* 2. *dec.* 74. & 76. exemplum in *l.* 1. *ff. de natal. reſtit.* Hinc eſt, quod a Curiis reſcripta ejuſmodi aut rejici aut admitti, ſive ut nunc loquuntur, interinari ſolent.

T E X T U S.

De Jure Honorario.

7. *Prætorum quoque edicta non modicam obtinent juris auctoritatem. Hoc etiam jus honorarium ſolemus appellare: quod qui honores gerunt, id eſt, Magiſtratus, auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant & Ædiles curules edictum de quibuſdam cauſis; quod & ipſum juris honorarii portio eſt.*

N O T Æ.

7. *Prætorum edicta*) Jus prætorium introductum eſt adjuvandi vel ſupplendi & corrigendi juris civilis gratia: *l.* 7. §. 1. *ff. de juſt. & jur.* exempla *in pr.* & §. 1. *infr. de bon. poſſ.* §. 3. *infr. de exh. lib.* §. 9. *infr. de hær. quæ ab inteſt.* §. 3. *infr. de leg. agn. ſucc.*

Non modicam auctoritatem.) Minorem tamen quam ſpecies ſuperiores. Non edicta Prætorum non valebant ob auctoritatem populi aut Principis, ſed tantum ob honorem Magiſtratus, qui non tam conditor eſt juris novi, quam cuſtos & interpres conditi, *d. l.* 7. §. 1. *& ſeq. de juſt. & juſt. & jur. l.* 2. §. 10. *de orig. jur. l.* 12. §. 1. *ff. de bon. poſſ. l.* 1. *in fin. ff. ex quib. cauſ. maj.*

Ædiles curules) Ad diſtinctionem Ædilium plebis, Curabant ædes ſacras tectas eſſe, aquas mundas, integros æquæductus, vias expeditas; Cic. 5. *in Verr. c.* 14. add. Liv. *lib.* 6. *in fin.* & 7. *in pr.* Varr. 4. *de ign.*

Juris honorarii portio) Jus honorarium genus eſt, cujus ſpecies prætorium & ædilitium. VINN. Immo & proconſulare. Nam & edictum provinciale Magiſtratus in ſuis quoſque provinciis propoſuiſſe nemo ignorat. HEIN.

COMMENTARIUS.

1. *Unde Prætori, & qualis condendi juris poteſtas?*
2. *Ædiles Curules qui & unde dicti?*
3. *Jus ædilitium quo ſenſu dicatur ſub prætorio contineri?*

INter ſpecies juris civilis numeratur hoc loco & jus prætorium: quod tamen non raro ut ſpecies diverſa, juri civili opponitur. Sed non eſt novum in jure noſtro; ut idem nomen nunc latius, nunc anguſtius accipiatur, & quod de ſe poſitum nomen generis eſt, contrahatur ad certam ſpeciem oppoſitam ſpeciei ejuſdem generis. Itaque cum jus civile a prætorio diſtinguitur, per jus civile intelligitur, quod ex legibus, plebiſcitis, ſenatuſconſultis, decretis Principum, auctoritate prudentem venit: per prætorium, quod illius juris adjuvandi, ſupplendi, corrigendi cauſa Magiſtratus introduxerunt, Papinian. *l.* 7. *de juſt. & jur.* (1. Unde autem Prætori juris condendi poteſtas? Neque enim Prætor aliud quam Magiſtratus fuit, juri dicendo, non condendo, quod

quod majestatis est, præpositus; custos juris civilis,
non arbiter, neque ulla lege talem potestatem Prætori
datam uspiam legimus. Sic existimo, Prætores ab ini-
tio jure Magistratus edicta tantum proposuisse, de qui-
bus rebus, & quomodo jus dicturi essent; *l.* 1. §. *eodem*
temp. 10. *de orig. jur.* Progressu autem temporis, non ob-
nitente populo, hoc simul usurpasse, ut edicendo et-
iam jus constituerent; ut tamen edicta eorum minorem
longe vim, quam leges haberent, nec abrogare jus con-
stitutum aut receptum possent; *l. cum sponsus* 12. §. *de*
publ. in rem. act. l. 12. §. 1. *de bon. poss.* sed tantum adju-
vare, supplere, corrigere, *l.* 7. §. 1. *de just. & jur.* hoc
est, rigorem juris civilis mitigare, & de iis, quæ le-
gibus nec sancita nominatim, nec vetita essent, ex bo-
no & æquo aliud statuere, etiam præter rationem
juris civilis. Nam certe plus hic licuisse Prætori, quam vel Jurisconsultis vel Judicibus privatis, argumento sunt tot exceptiones & actiones, tot bonorum possessiones præter manifestam rationem juris civilis a Prætore introductæ, in quibus ante jus a Prætoribus constitutum nihil sibi sumere quisquam privatus potuit; atque hinc est, quod edictum Prætoris nonnumquam lex appellatur, uti ab Ulpiano *leg.* 1. §. 2. *unde cog. & Cic.* 3. *in Verrem.* VINN. Vera hæc omnia, si de jure quæras. Neque enim quisquam dixerit, jus fuisse prætoribus, jura constituta abrogare. Sed ipso facto tamen abrogantur, & fictionibus, novis inventis vocabulis, restitutionibus in integrum Jus antiquum mutarunt, uti docuimus in *Antiq. Rom.* §. 24. *hoc tit.* Agnoscit hoc Dio Crass. *Lib.* 36. *p.* 21. referens, quod Prætores ἅτε τὰ γραφέντα ἐτήρουν; ἀλλὰ πολλάκις αὐτὰ μετέγραφον. *Ne quidem jura scripta servarint, sed ea mutaverint sæpenumero.* HEIN.

Qui honores gerunt.) Jus honorarium ad honorem Prætorum nominatum esse, ait Papin. in *d. l.* 7. §. 1. quod, qui honores gerunt, id est, magistratus, auctoritatem huic juri dederunt, ut hic Justinian. Proposuerunt quidem & alii Magistratus, Censores, Consules Tribuni, edicta, ut ex Cic. Gell. & aliis notum est: nec dubium, quin secundum ea jus dictum fuerit; attamen quia soli Prætores juris dicundi causa creati sunt, totaque fere jurisdictio penes Prætores erat, hinc factum arbitror, ut jus omne, quod a jurisdictione venerat, non minus prætorium quam honorarium appellaretur, atque appellatione prætorii etiam aliæ partes juris honorarii continerentur.

Ædiles Curules) Curules, ad distinctionem Ædilium plebis: nam ædilitatem curulem patricium Magistratum fuisse constat ex Liv. *innit. l.* 7. *dec.* 1. Ædiles autem dicti a potissima parte procurationis eorum, quod ædes sacras & privatas sartas tectas esse curarent. Auctores Festus & Varro *l.* 4. *de lign. Latin.* nam & alia ad munus eorum pertinebant, quæ recenset Cic. *l.* 5. *in Verr. c.* 24. & Gruch. *l.* 1. *de comit. Rom.* (2) De veriverbio vocis Curules, non magnopere laborandum: sive enim a Curia, sive a curru, quo vehebantur, sive a Sella curuli, in qua sedebant, eam deducas, parum refert.

De quibusdam causis) De rebus, maximeque mancipiis & jumentis venalibus; item de animalibus feris continendis, qua vulgo iter fit, edictum satis celebre & explicatum *lib.* 21. π *tit.* 1.

(3) *Juris honoris portio.* Jus ædilitium appellatione juris honorarii proprie continetur, ut species appellatione generis. Sed & prætorii appellatio jus ædilitium continet: *l.* 5. *in pr. de verb. oblig.* non quidem verbi significatione, (neque enim Ædiles Prætores erant) sed sententia scribentis. Et hoc est, quod Pomponius scribit in d. *l.* 5. prætorias stipulationes sic exaudiri oportere, ut in his etiam contineantur ædilitiæ: *Nam & hæ*, inquit, *a jurisdictione veniunt*: innuens id, quod de prætoriis tamquam principali earum specie, dictum est, etiam dictum intelligi de reliquis, quarum interponendarum eadem sit causa & origo, jurisdictio nimirum magistratus.

TEXTUS.

De Responsis Prudentum.

8. *Responsa prudentum sunt sententia & opiniones eorum, quibus permissum erat de jure respondere; nam antiquitus constitutum erat, ut essent, qui jura publice interpretarentur, quibus a Cæsare jus respondendi datum est, qui Jurisconsulti appellabantur: quorum omnium sententiæ & opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere a responsis eorum non liceret, ut est constitutum.*

NOTÆ.

6. *De jure respondere*) Cujac. Hotom. Wes. ex libris veteribus, *jura condere.* Theoph. νομοθετεῖν, sed ut recte idem, κατὰ πεῦσιν καὶ ἀπόκρισιν, *per consultationem & responsionem.*

Antiquitus constitutum.) Male *institutum*, nulla enim lege id constitutum, sed more majorum institutum fuit: dictaque hæc pars in specie jus civile, *l.* 2 §. 5. *ff. de orig. jur.*

A Cæsare.) Primus D. Augustus constituit, ut ex auctoritate principis responderetur, *d. l. circa fin.*

Quorum omnium) Aut utique plurium: *un. c. Theodos. de Respons. prudent.*

COMMENTARIUS.

Origo auctoritatis prudentum a capite accersita.

Postrema juris scripti pars sunt responsa prudentum. Cujus juris originem operæ pretium est a capite accersere. Latis legibus XII. tab. quæ perbreves erant & obscuræ, cœpit (ut naturaliter evenire solet) ut interpretatio desideraret prudentum auctoritatem, necessariaque esset disputatio fori. Hæc disputatio atque hoc jus, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus, communi nomine appellabatur jus civile, hoc est, nomine generis ad speciem contracto. Hæc Pompon. *l.* 2. §. *his legibus*, 5. *de orig. jur.* Unde primo intelligimus, interpretationem juris dumtaxat prudentibus permissam fuisse, non juris proprie condendi potestatem: at neque hanc earum interpretationem statim pro jure acceptam, sed ubi ea in foro agitata & recepta esset; quo respectu jus istud sine scripto introductum Pomponius ait, quod tamen pars juris scripti, quatenus est ex interpretatione illius juris & legum sententia, *argum. leg.* 6. §. 1. *de verb. sign.* ad quod declarandum habemus accommodatissimum exemplum, *infr. tit. de leg. patr. tut.* atque hoc sensu recte opponitur consuetudini. Item jus illud sive receptas interpretum sententias compositas, hoc est, descriptas, atque in certum volumen collectas fuisse, neque ab iis judicem in judicando potuisse recedere, utpote quæ partem constituerent juris civilis, neque nomine

mine in specie etiam appellarentur. Atque ut obiter sciamus, ante tempora Augusti, quicumque studiorum suorum fiduciam habebat, de jure consulentibus publice respondere poterat. Divus autem Augustus quo major esset juris auctoritas, primus constituit, ut ex sua auctoritate responderetur. Post quod tempus peti pro beneficio, & a Principe jus respondendi dari cœpit, ut in *dict. leg. 2. circa fin.* idem Pompon. scribit, quam ob causam nonnulli existimant ex eo demum tempore responsa auctoritatemque Jurisconsultorum inter partes juris scripti numerari cœpisse. Nunc verba hujus §. inspiciamus.

Permissum erat de jure respondere) Hoc ad tempora liberæ Reipub. referri non posse, ex jam dictis liquido apparet: sed ad posteriora referendum, postquam nimirum D. Augustus hoc jus a Principe peti voluit. Fallitur Theophilus, dum putat, hoc jus a populo aut Senatu concessum fuisse.

De jure respondere) Veteres codices, (auctore Div. Pacio) habent *Jura condere*, id est, νομοθετεῖν, non male; nam & consulti quodammodo jus condebant: nempe, ut recte Theophilus, κατὰ πεῦσιν ϗ ἀπόκρισιν, *per consulationem & responsionem*: quo sensu etiam juris conditores nonnumquam appellantur, *leg. nulla 23. C. de proc. leg. si furiosi 22. Cod. de nupt.* Cæterum, ut dixi, quod ita respondentes interpretando condebant, non ex propria eorum auctoritate statim valuit, aut vim legis habuit; sed tum demum habere cœpit, cum usu forensi receptum esset: erantque adeo toto judicio qui tantam Jurisconsultis auctoritatem tributam fuisse existimant, ut novum etiam jus condere docuerint, per *leg. ult. Cod. de legib.* ubi tamen nihil eis conceditur, quod antea non habuerint; sed tantum relinquitur pristina legum interpretandarum facultas, add. D. Gudelin. 5. *de jure nov.* 2.

Constitutum erat) Male *institutum*, ut nonnulli codices habent: nulla enim constitutione tale quid sancitum fuit.

Jurisconsulti) Item Jurisperiti & prudentes, & auctores juris, modestiæ quoque causa juris studiosi appellari amabant; fortassis ad exemplum Pythagoræ, qui se non σοφὸν sed φιλόσοφον dici voluit. Itaque hæc appellatio communis est tam præceptorum, quam discipulorum & auditorum juris, *l. 1. de assess. l. 9. §. 4. de pæn.* [illegible] 4. *extr. cogn.* quibus in locis constat juris studiosos pro juris professoribus & assessoribus comitibusve judicium accipi, add. Cujac. 7. *observ.* 25. Revard. 2. *conject.* 10.

Quorum omnium) Aut utique plurimorum; nam singulorum sententiis eam vim tribuere perquam absurdum; & videtur Justinianus, ut verba postrema hujus §. arguunt, respicere ad constitutionem Theodosii, quæ extat *in leg. unic. Cod. Theod. de resp. prud.* VINN. Immo omnino omnium, quibus jus respondendi a Principe datum, opiniones & sententiæ judicem obligabant, eo modo, uti hodie in Germania sententiæ a collegiis juridicis conceptæ. Theodosii constitutio non ad responsa & sententias JCtorum, sed ad scripta veterum inter se dissentientia, in judiciis allegata pertinet. HEIN.

T E X T U S.

De Jure non scripto.

9. *Sine scripto jus venit, quod usus approbavit: nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.*

N O T Æ.

9. *Diuturni.*) Propria hæc sunt epitheta consuetudinis, ut dicatur diuturna, longa, inveterata: quanto autem tempore inducatur, jure nostro definitum non est.

Legem imitantur) Id est, legis vim & effectum habent, *l. 32. & seq. ff. de legib.* Quin etiam plus valere, & in rebus majoris momenti versari leges, quæ moribus comprobatæ sunt, quam quæ scripto constant, testatur Arist. 3. *Polit. c. ult.*

COMMENTARIUS.

1. *Juris scripti seu longa consuetudine introducti quanta, & unde auctoritas? & n. 2. & 5.*
3. *Ad jus consuetudine introducendum opus esse probabili Superioris scientia.*
4. *Quantum tempus, quot actus & quales ad inducendum consuetudinem necessarii.*
6. *Applicatio superioris divisionis ad jus civile Batavorum.*
7. *An plures species juris, quam quæ memoratæ? & de æquitate, & communi opinione.*

(1) S*Ine scripto.*) De quibus causis scriptis legibus non utimur: id custodiri oportet, quod moribus & consuetudine inductum est, *l. de quibus 24. de legib.* Immo magnæ auctoritatis hoc jus habetur; quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere, *l. immo magna 36. eod.* *Usus est*, inquit alicubi Livius, *gravissimus juris censor, & explorator, ut non possit non æquum esse & utile, quod is probavit; sæpius facto periculo.* Cui simile est, quod Aristot. 3. *Pol. ult.* scribit, *plus valere, & in rebus majoris momenti versari leges, quæ moribus comprobatæ sunt, quam quæ scripto constant.* Dicitur autem hoc jus non scriptum, non quod scribi non possit, sed quod scribi necesse non sit *d. l. 36.* Utique tamen utile est scripto id comprehendi ad lites & sumptus probationum minuendos; & videmus multarum regionum consuetudines non modo scriptas, sed etiam commentariis illustratas circumferri. Neque tamen id circo consuetudo fit jus scriptum, quod legem appellamus; quia non ex scriptura, sed ex usu æstimatur; & facilioris tantum probationis causa scripta intelligitur. VINN. Non fit jus scriptum per scripturam, quia non per modum legis publicatur, νόμον γὰρ καὶ τὸν *est Leges publicare.* Vide supra ad §. 3. lit. t. HEIN.

Consensu utentium) Nimirum tacito. Nam quemadmodum expressa sanctio legem facit, ita tacita populi voluntas consuetudinem; unde quoad vim & effectum inter hæc duo nihil interest. (2) Quid enim refert, ait Julianus in *dict. leg. de quibus 32. suffragio populus voluntatem suam declarat, an rebus ipsis & factis?* Populum autem etiam hic intelligere debemus nullius imperio subjectum; nam quæ civitates alterius imperio parent, non magis tacito consensu consuetudinem introducere possunt, quam expresso legem. Hinc, quia ejusdem est legem tollere, cujus est condere recte rescri-

ptum est in *l. 2. Cod. quæ sit long. conf.* legi a Principe latæ contraria consuetudine derogari non posse. Quamobrem etiam existimandum est, Julian in *d. l. de quibus* 32. respexisse ad anteriora tempora, quibus populo adhuc jus suffragii erat, aut ad ea jura, quæ nondum sublato jure suffragii moribus introducta sunt; quale est pupillaris substitutio, *l. 2. de vulg. & publ. subst.* item querela inofficiosi testamenti *l. 8. in pr. de bon. poss. cont. tab.* damnationis inter virum & uxorem improbatio, l. 1. *de don. int. vir. & ux.* & si quæ sunt generis ejusdem. Fortassis etiam jura municipiorum considaravit, quæ suis legibus & moribus utebantur etiam sub Imperatoribus, ut notavi *sup.* §. 1. Evincit hoc ipsa Jurisconsulti disputatio, qui argumentatur a jure suffragii ad jus introducendi consuetudinem. Proinde in statu populari jus consuetudinis introducendæ, quæ (3) instar legis sit, solus populus habere potest; in monarchico, aut Optimatum, non item; sed in ea introducenda probabili Principis aut Superioris scientia & patientia requiritur, ut recte D. Wesemb. *part. de legib. num* 9. & D. Gudelin. *l. 5. de jur. noviss. c. 2. per d. l. de quib.* 32. *& d. l. 2. C. quæ sit long. conf.* etsi quod non requiratur scientia Superioris, communior opinio est, quam post Schneid. *hic n. 2.* probat D. Tulden. *ad d. tit. Cod. num.* 1. & in judicando secuta est suprema Curia Mechlin. teste D. Christ. *vol. 2. dec. 55. n. 5. & 6.* neque D. And. Gail. 2. *obs.* 31. Mynf. *6. obs.* 41. *& seq.* hoc inter requisita consuetudinis numerant. Plane quatenus civitates statuta condere possunt, ne consuetudine statutis similes introducere prohibentur, aut ante statuta tacite abrogare.

(4) *Diuturni mores*) Propria hæc epitheta sunt consuetudinis, ut dicatur diuturna, longa, inveterata. Nam cum sensim tacito consensu populus inducatur, necesse est ut is consensus ex factis & tractu temporis arguatur. Et quia hoc respectu consuetudo facti est, probari quoque debet, atque ad eam probandam multum confert, si ea judicio contradictorio aliquando firmata sit; *l. cum de consuetudine* 34. *de legib.* Quantum autem tempus & quot actus ad introducendam consuetudinem requirantur, inter interpretes non satis convenit. D. Connanus 1. *comm.* 10. Hotom. *hic*, tantum tempus requirunt, quantum superstitum hominum nec ætas nec memoria comprehendit; per *l. 1. §. ult. junct. l. 2. §. idem Labeo 7. de aq. pluv. arc.* Vulgo, testibus Div. Gail. 2. *obs.* 31. Mynf. *6. obs.* 41. Schneid. *hic num.* Wesemb. *par. de legib. n.* 9. arbitrantur consuetudinem induci decennio, aut tanto tempore, quanto jus aliquod præscribi potest. Verum, ut recte Div. Anton. Fab. 1. *jurispr. 2. pr.* 11. notat, in hoc hi omnes errant, quod consuetudinem cum præscriptione juris confundunt. Præscriptio enim nullum jus acquirit nisi præscribendi, & in eos dumtaxat, contra quos præscriptum est, & in tantum, in quantum præscribens possedit vel quasi. Consuetudo vero acquirit jus in universum omnibus & contra omnes in suo casu: quia cum sit lex quædam tacita, legem imitantur; *leg. ult. Cod. quæ sit long. conf.* Quam ob causam cum D. Cujac. 26. *obs.* 1. & Menoch. *consil.* 243. *num* 20. potius judicis arbitrio hoc definiendum censeo, qui pro negotii qualitate modo longius, modo brevius tempus statuere possit, & quantumcunque tempus sufficere, modo adsit actuum frequentia, & uniformitas, ut Anton. Fab. *ad l. nam Imperator* 38. *de legib.* Et quoniam in consuetudine introducenda non hujus aut illius hominis vel etiam ordinis morem inspicere debemus, sed totius populi usum, eumque colligere ex iis, quæ non semel aut bis, sed frequenter circa eamdem rem & controversiam observata sunt, *l. 1. C. quæ sit long. conf.* & observata tenaciter, hoc est, perpetuo similiter, *l. ult. C. eod.* non putarem ad inducendam consuetudinem duos actus sufficere, quantumvis judiciales & notorios, quæ communis est opinio probata item a Gail. & Mynf. *ad loc.* sed hoc etiam arbitrio judicis relinquendum, ut cætera, quæ certo jure definita non sunt, *arg. l. 1. §. ult. de jur. delib. l. 9. Cod. de bon auct. jud. poss.* Cujac. Menoch. Fab. *ubi sup.* eleganter Div. Diod. Tuden. *in comm. ad hunc tit. cap.* 4. Illud majoris partis consensu & recte receptum est, cum de consuetudine probanda quæritur: necesse non esse probare, eam aliquando firmatam fuisse judicio contradictorio. Nam cum ea populi consensu inducatur, quid refert, quod non etiam intervenerit res judicata? Quod si tam certum jus fuerit, ut de eo numquam apud judicem dubitatum sit: an non majoris auctoritatis id videri debet, quam quod in judicio contradictorio approbatum? *leg. immo magnæ* 36. *de legib.* Consilii igitur est, non necessitatis quod scribit Ulpianus in *l.* 34. *ad tit.* cum de consuetudine quæritur: primum explorandum esse, an etiam contradictorio aliquando judicio confirmata sit. Consilium dat, ut id fiat, quia illa exploratio utilis est probaturo consuetudinem, scilicet ut paratas habeat easdem illas probationes, quibus consuetudo tum probata est. Et secundum hanc opinionem in Camera judicatum testatur Gail. 2. *obs.* 31. *num.* 8. add. Myn. *6. obs.* 41. *num.* 15. Schneid. *hic n.* 6. Christ. *vol.* 4. *dec.* 187. *n. 7. & seqq.* ubi plures citat, qui hanc sententiam defendunt, & communem asserunt. Ita quoque judicatum refert Radelant. *Traject. dec. 3. n.* 4.

(5) *Legem imitantur.*) Id est, vim & effectum legis habent. Itaque non hic solus consuetudinis effectus est, quod jus novum, de quo nihil ante cavebatur, inducat; sed etiam quod latam antea legem abroget: §. *pen. inf. eod.* Est & alius item consuetudinis effectus, in jure scripto nimirum interpretando: Nam si de interpretatione dubiæ alicujus legis quæratur, monemur in primis inspiciendum esse, *Quo jure civitas retro in hujusmodi casibus usa sit*; optimam enim legum interpretem esse consuetudinem, *leg. si de interpretatione* 37. *& leg. seq. de leg.* minimeque mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt, *l. minime* 23. *eod.*

(6) Nos item in his regionibus aut scriptis legibus utimur, aut non scriptis. Leges scriptæ aut generales sunt, quæ ad omnes pertinent, & ubique locorum in hac provincia vim habent; aut speciales, quæ sunt propriæ alicujus loci, aut privilegia certis Corporibus, Collegiis, Civitatibus, aut Regionibus: itemque certæ alicui personæ aut pluribus unius generis, ut viduis, pupillis, pauperibus, &c. concessa. Generales leges soli sanciunt Ordines, aut Præfecti, quibus ea potestas sub nomine Comitum aut summorum magistratuum legitime delata est. Sed & sine hac delatione, Præfecto Provinciæ una cum Præside aliisque Curiæ Provincialis Senatoribus jus est, de quibusdam causis leges ferre, nempe de iis quæ ad usum fori, morem judiciorum, ad lites tractandas atque expediendas, ad frustrationes & captiones scribarum, advocatorum, procuratorum, viatorum, &c. corrigendas pertinent, quippe quibus in hac parte cura reip. jam ab initio mandata

data

data fuit, Merul. *lib.* 1. *tit.* 4. *cap.* 3. add. Christin. *vol.* 2. *dec.* 51. *num.* 8. & *decis.* 65. *n.* 3. & 4. nisi hæc Curiæ decreta speciales potium leges dicendæ cum D. Grot. 1. *manud.* 2. Speciales leges non tantum Ordines condunt, aut Præfecti, quos diximus, privilegiis ferendis, aut condendis statutis particularibus; verum etiam Prætores & Baillivi de sententia Magistratuum urbanorum legitime congregatorum in sua quique civitate leges locales quas *Keuren* appellamus, condere possunt: item Baillivi cum potissimis agros colentium, (*VVelgeboren Mannen*) Prætores pagani cum Scabinis in agris, & pagis de rebus ad jurisdictionem suam pertinentibus; quatenus nimirum jus condendorum statutorum ab iis, qui summæ Reip. præsunt, acceperunt. Leges non scriptæ sive mores aut inveteratæ consuetudines & ipsæ partim generales, qualis est communio bonorum inter conjuges: partim speciales quale est jus retractus, quod in Rhinlandia, Delflandia, Kennemerlandia & agro Voornano observatur, D. Merul. *d. lib. tit.* 4. *c.* 1. & *seqq.* Grot. *d. loc.* Quod si de re, de qua quæritur, nihil legibus aut moribus nostris definitum est, jus commune, hoc est, Romanorum sequendum est: auctore Div. Grot. *d. l.* ad Christin. *vol.* 1. *decis.* 343. Gudel. *lib.* 1. *de jur. nov. c.* 13. & *lib.* 3. *cap.* 13.

Et hactenus quidem explicatæ sunt partes juris civilis e Justiniano propositæ. Sed an non plures poni debuerint, dubitari potest. Video enim, a nonnullis inter partes Juris non scripti præter consuetudinem, quæ sola a Justiniano posita est, numerari etiam res judicatas, sive præjudicia, & æquitatem. Sed utrumque perperam. Nam etsi rerum, præsertim sæpius judicatarum, non vilis est auctoritas: vim tamen legis minime habent, nec jus inducunt, quod inter alios, simili aut ejusdem generis controversia mota, sequi necesse sit; *tit. Cod. res int. al. act. aut jud. al. non noc.* eoque pertinet, quod Imp. in *l. nemo* 13. *C. de sent. & interl.* rescribit, & vulgo dici solet; *Non exemplis, sed legibus judicandum esse.* Christin. *vol.* 1. *decis.* 51. *n.* 5. & *seqq.* Sed nec æquitas proprie dicta hujus juris pars est. Est quidem ἄγραφος, quia scripta non est; sed non eo sensu ita appellari potest, quo jus illud constituit speciem Juris civilis. Quod ut planius intelligatur, observandum est, nomen æquitatis dupliciter accipi; vel in genere pro æquo quod cum omni jure conjunctum est; vel in specie pro eo, quod a jure civili diversum. Generalis appellatio etiam juri civili convenit, nam omnibus legibus & juri civili æquitas aliqua inesse creditur, nomenque juris non meretur, quod ab omni æquitate destitutum est. Atque hoc sensu Cic. *in Topic. cap.* 2. jus civile definit *æquitatem constituentis iis, qui sunt ejusdem civitatis.* In specie autem & proprie accepta æquitas juri opponitur: non scripto, ut male nonnulli, sed stricto. Hæc Græcis ἐπιείκεια dicitur, nostris etiam æquum & bonum humanitas, benignitas: & ab Aristotele 5. *Eth.* 10. definitur ἐπανόρθωμα τοῦ νομίμου δικαίου *juris legitimi correctio.* Cujus usus elucet cum in verbis legis ex sententia extendendis & ad casus similes producendis, ubi lex minus scripsit, plus voluit; tum in verbis restringendis, ubi ex sententia constat plus scripsisse legislatorem, minus voluisse, maxime vero in benigna legum interpretatione, earumque ad singulas facti species accommodatione; tali tamen, quæ ab expressa & manifesta legislatoris voluntate non recedat. Huc pertinet *l.* 10. & *seqq. de leg.* item *l.* 17. & *multæ seqq. eod.* Atque hinc etiam petiposest conciliatio *leg. placuit, Cod. de judic.* cum *l.* 1. *de leg.* & *l. prospexit* 12. §. 1. *qui & a quib. man.* Gudelin. 5. *d. jur. Nov. cap.* 2. Christin. *vol.* 2. *dec.* 61. *d.* 3. & *seqq.* Non est ergo æquitas hæc species juris civilis, sed quid a jure civili diversum, consistens magis in arbitrio boni viri & judicis, quam in parte aliqua juris constituta; unde & nonnumquam boni viri arbitratus & religio judicis appellatur. Quamobrem recte Aristoteles *d. loc.* æquum & bonum comparat regulæ Lesbiæ, quippe cum indefinitarum rerum & norma indefinita esse debeat, æquo & bono ita utendum esse ait, ut fabri cæmentarii & structores utuntur norma Lesbia, quæ cum plumbea sit & flexibilis, eam structuræ, cum usus est, accommodant, nec semper ad normam exigunt structuram: quod Guil. Budæus initio *annot. propr.* opulentius explicat. Ea quæ de auctoritate communium opinionum hic disputari solent, in medio relinquo. Unum dico, etsi non vile esse debet, quod plures sentiunt, & id judicium integrius haberi, quod plurimum sententiis comprobatur: Clem. 1. *vers. quod etiam de sentent. excomm. l.* 1. *in pr. de off. quæst.* non tamen usque adeo valere debere, ut in manifesto errore jus faciat, *arg. leg.* 2. *C. quæ sit long. cons.* vid Menoch. 2. *præsumpt.* 71. *num.* 24. & ibi citatos D. Diod. Tulden. *hic. c.* 7. late Osvv. Hill. *notat. in Don. lib.* 26. *c.* 2.

T E X T U S.

Ratio superioris divisionis.

10. *Et non ineleganter in duas species Jus civile distributum esse videtur. Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet & Lacedæmoniorum fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedæmonii quidem ea, quæ legibus observabant, memoriæ mandarent: Athenienses vero ea, quæ in legibus scripta comprehendissent, custodirent.*

N O T Æ.

10. *Non ineleganter*) Nec admodum tamen eleganter, ut apparet ex iis, quæ Hotom. & Bachov.

Lacedæmonii.) Lacedæmonii scriptis legibus usi sunt atque una τῶν καλουμένων ῥητρῶν hæc erat, μὴ χρῆσθαι νόμοις ἐγγράφοις; *Scriptis legibus non uti.* Plutarch. *in Lycurg. pag.* 47.

COMMENTARIUS.

1. *Error Triboniani notatus.*

Exactis Regibus cœpit populus Rom. incerto magis jure & consuetudine uti quam lege lata; donec placeret publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a Græcis civitatibus. Itaque legati Athenas missi, qui inclytas Solonis leges describerent, & aliarum civitatum Græcarum instituta, mores, juraque cognoscerent; Pomp. *l.* 2. §. *exactis* 2. *de orig. jur.* Liv. *l.* 3. *cap.* 31. *seq.* Hæ leges in 12. tabulis postea descriptæ leges decemvirales, & 12. tab. sunt appellatæ; fons omnis publici privatique juris, auctore eod. Livio. Ex quibus perspicuum est, jus scriptum sive leges Romanorum originem suam habere partim ex legibus, partim ex moribus Græcarum civitatum, & insigniter errare Tribonianum, qui jus scriptum Romanorum

norum ab Atheniensibus, non scriptum a Lacedæmoniis arcessit. (1) Nam primum male confert leges non scriptas Lacedæmoniorum cum jure non scripto Romanorum: Neque enim Lacedæmoniorum leges fuere jus aliquod moribus introductum, quo sensu jus non scriptum hic accipi constat, & scripto, hoc est, legibus latis opponi: sed leges proprie dictæ & expressim sancitæ; quamvis eas non scribi, sed in memoria conservari voluerit legislator earum Lycurgus. Secundo nec mores Lacedæmoniorum dici possunt originem dedisse juri non scripto Romanorum, non magis quam mores Atheniensium aut aliarum Græciæ civitatum, unde legati Romæ missi leges petierunt. Nam non minus mores quam leges horum populorum, descripti in illis, quas dixi, duodecim tabulis lege decemvirali perlata, partem juris scripti Romanorum constituerunt. VINN. Sed vereor, ne perperam dicam scribatur Triboniano, ac si Romanos jus non scriptum a Lacedæmoniis; scriptum ab Atheniensibus accepisse statuat. Distinctionis potius νόμων in ἐγγράφοις & ἀγράφοις originem ab his civitatibus derivat. Et sane Lacedæmonii jure non scripto usi sunt, teste Plutarcho *in Lyc.* p. 47. quamvis alio sensu, JC Romani. *Ejus* ergo in hoc §. usurpatur pro *ejus τῆς*, nec ad τὸ jus civile referendum. HEIN.

T E X T U S.

Divisio Juris in immutabile & mutabile.

11. *Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes pleraque observantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent. Ea vero, quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpe mutari solent vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.*

N O T Æ.

11. *Divina Providentia.*) Quorum Deus inventor, disceptator, lator, ut loquitur Cic. Intelligit ergo jus gentium primævum, quod nobis ingenitum; non secundarium, quod usu exigente inventum.

Immutabilia.) Jus naturale semper & ubique Justum est, & fuit: undo nec quod jure prohibetur, juberi potest; nec quod jubetur, vetari. Grot. 1. *manuduct.* 2, addi tamen ei aliquid potest, aut detrahi, *l. 6. ff. de just. & jur.*

Tacito consensu.) Non tantum novum Jus longo usu introduci potest; sed id etiam, quod ante lege aliqua constitutum erat, contrario usu abrogari, *l. 32. ff. de leg.*

Alia post lege lata.) Nam posteriores leges semper potiores sunt prioribus; *leg. ult. ff. de constitut. Princ.* Harm. *lib.* 1. *tit.* 1. Varro *lib.* 8. *de lingua*; *An non sæpe veteres leges abrogatæ novis cedunt?*

COMMENTARIUS.

1. *Jus naturale seu jus gentium primævum immutabile esse, non item jus gentium secundarium, nisi proportionaliter.*
2. *Immutabilitatem illam præcipue apparere in notionibus divinitus animis hominum impressis: quod exemplis declaratur.*
3. *Leges civiles etiam consuetudine contraria abrogari posse.*
4. *Expediatne leges aliquando mutari?*

EXposito jure tum naturali, tum civili, observataque utriusque differentia in causis efficientibus, non incommode hoc loco subjicietur alia quædam differentia, quæ in effectu cernitur.

Quasi divina providentia constituta.) Hoc est, quæ ab incorrupta ratione, a simplici illa notitia mentibus nostris divinitus impressa promanant. Jus quod nobiscum natum est, non ab hominibus excogitatum, cujus Deus est inventor, disceptator, lator, ut loquitur M. Tullius *lib.* 3. *de repub.* Apud Xenophontem *lib.* 4. *memorab.* hujusmodi jura θεῖοι νόμοι dicuntur. (1) De jure igitur gentium primario, id est, eo, quod simpliciter naturale est, hæc accipienda sunt; non secundario, quod usu exigente inventum. Nam diligenter distinguenda naturalia præcepta ab his, quæ pro certo statu dumtaxat naturalia sunt: jura multis populis seorsum communia ab his, quæ societatis humanæ vinculum continent. Sic vetera gentium jura circa bella & res bello captas, circa incrementa fluminum, &c. multum mutata hodie videmus. Sed & multa, quæ jus naturæ non jubet, sed permittit tantum, communi consensu prohiberi possunt; uti factum circa omnia fere ἀδιάφορα de quo suo loco differemus uberius. Sane etiam jus gentium secundarium ἀναλόγως immutabile dici potest, & utique multo difficilius tollitur, quam jus civile.

Immutabilia.) Jus naturale semper & ubique justum est & fuit: nec aliud hic, aliud Romæ, aliud Athenis, aliud nunc est, aliud posthac erit. Nam ut recta ratio insita a natura & diffusa in omnes constans est & sempiterna, ita & quod ea præscribit, semper atque ex se justum est atque immortale. Quamobrem nec quod hoc jure prohibetur, juberi potest, nec quod jubetur, vetari; ut recte Grot. 1. *manud.* 2. & convenienter ei, quod scribit Jurisconsult. in *l. 6. de just. & jur.* jus civile *in totum a jure naturæ recedere non debere.* Nec est contrarium, quod Jurisconsult. addit; jus civile *non per omnia juri naturali servire, sed plerumque ei addere aliquid, aut detrahere.* (1) Nam illa additio aut detractio nihil aliud est, quam generalium juris naturæ præceptorum ad usum moresque civium & formam Reip. specialis cum delectu accommodatio. Quod quamvis variis in locis diversimode fiat, atque etiam in applicando naturæ jura inflecti quodammodo videantur; immutabile tamen permanet τὸ αὐτοδίκαιον quod per se atque ex sui natura justum est, vimque suam perpetuo retinent in obligandis conscientiis anticipatæ in animis nostris communes illæ, quas diximus, notiones, in quibus hæc constantia, atque immutabilitas præcipue elucet. Covarr. *de matrim. p.* 1. *c.* 6. §. 9. *n.* 7: Belle Michael Ephes. *ad* 5. *Ethic.* Albert. Bolong. c. 16, *de leg. jur. & æquit.* §. 16. Exemplis res fiet illustrior. Lex naturæ ita præscribit; *Deum colito*; *Liberi potestati patris subjecti sunto*; *Pacta conventa servato.* Hæc sunt æternæ legis perpetua decreta, & quæ nullo jure civili abrogari possunt. Tantum in modo applicandi, de quo lex naturæ nihil definit, varietas aliqua apparet propter varietatem constitutionum civilium; uti scilicet hoc vel illo ritu externo adhibito, Deus colatur; ut patribus in liberos vel eadem, quæ dominis in servos, potestas sit, & quodcumque per filium acquiritur, id acquiratur patri: vel ut jus tantum pater habeat filium modice & sine acerbitate castigandi, & contumacem expellendi domo; ut pacta etiam nuda efficaciter obligent, aut eam vim tantum habeant vestita, ut vulgo loquuntur. Ait Justinianus, nihil tam conve-

niens

niens esse æquitati naturali, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi, §. *per traditionem*, 40. *inf. de rer. div.* At lex civilis occurrens temerariæ hominum liberalitati, cujus eos mox pœnitere posset, modum huic rei in donatione præscripsit, eamque donationem, quæ quingentos solidos excederet, non aliter ratam esse voluit, quam si actis sit insinuata §. 2. *inf. de donat.* Hoc, inquam, facto non mutatur jus naturale, sed adjuvatur, dum propter utilitatem civium (quo legislator omnes spectant, tametsi non idem semper constituant) aliquid ei adjicitur, aut si mavis, detrahitur, respectu scilicet præcepti generalis. Atque hoc est, quod DD. nostri ajunt, jus naturale *modificari, declarari, & provisionibus adjuvari posse*; sic enim loqui amant Jo: Fab. Aug. & alii *ad hunc* §. Sexcenta ejusdem generis exempla afferri possent; occurrunt enim in omnibus fere partibus juris civilis; sed hæc pauca e multis retulisse, puto rei declarasse sufficere. Illud etiam sciendum est, esse quosdam quasi gradus principiorum practicorum & præceptorum naturæ, ac nonnumquam usuvenire, ut inter se hæc occurrant, & invicem obstent, verbi causa: Lex naturalis est; *non occides*, est & altera ejusdem generis, sed momentosior, quæ sui defendendi causa permittit aggressorem occidere. In hoc consensu lex inferior superiori cedat necesse est. Wesemb. *par. de just. & jur. n.* 5.

(3) *Tacito consensu*: Quamobrem non tantum jus novum longo usu introduci potest, sed etiam id, quod ante lege aliqua constitutum erat, contrario usu abrogari. Atque hoc omnino consequens est rationi Juliani, qui in *l. de quibus* 32. *de leg.* nihil interesse scribit, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis & factis. Ex eodem loco etiam hoc colligitur, quod supra diximus, cessante jure suffragii non tantum cessare jus populi in lege palam ferenda, verum etiam in consuetudine contra jus a Superiore constitutum introducenda; quoniam ejus solius est legem tollere, cujus est condere, ita cape *l.* 2. *C. quæ sit long. consf.* aut de consuetudine alicujus municipii, *fac l.* 3. §. *Divus* 5. *ff. de sepulc. viol.*

(4) *Alia lege lata*) Expediatne leges mutare, aut quando expediat, politicæ disputationis est: cujus tamen quæstionis decisionem suggerit Ulp. in *l.* 2. *de const. princ. In rebus*, inquit, *novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu æquum visum est.* Eaque consentiens est politicorum omnium sententia, Plato *lib.* 7. *de legib.* Arist. 2. *pol.* 6. *in fine* Bodin. 4. *de rep.* 3. Lips. 2. *pol.* 9. Connan. 1. *com.* 2.

TEXTUS.

De objectis juris.

12. *Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Et prius de personis videamus: nam parum est jus nosse, si personæ, quarum causa constitutum est, ignorentur.*

NOTÆ.

12. *Vel ad personas, &c.*) Distributio ex objectis ad finem juris obtinendum accommodata, ex *l.* 1. *ff. de stat. hom.* Omne jus redditur personis de rebus per actiones & judicia. M. V.V.

COMMENTARIUS.

HOC §. transitus fit a jure constituente ad jus constitutum, & methodica quædam via pro materiæ diversitate circa quam illud versatur, ad hujus cognitionem sternitur, præeunte Gajo in *l.* 1. *de stat. hom.*

Vel ad personas &c.) Distributio ex objectis, ut apparet, ad finem juris obtinendum accommodata. Finis juris, quod jam sæpe diximus, est suum cuique tribuere. Ut autem hunc finem consequamur, necesse est primum scire, quid sit suum cujusque; deinde qua ratione, si id ultro non præstetur, ab invito obtineamus. Cognitio ejus quod cujusque est, vel ex persona sumitur, vel ex rebus, sed ex jure, quod quisque vel conditione & statu personæ suæ habet, vel ratione rerum externarum. Conditione personæ multum inter se homines differunt: alii enim liberi sunt: alii servi; liberorum alii ingenui, alii libertini, alii patres familias, alii filiifamilias: patrumfamilias, alii in tutela, alii in curatione, alii in neutro eorum. At pro diversis hujusmodi qualitatibus diverso quoque jure in civitate censentur; quod quia statum ac conditionem personæ sequitur, jus personarum appellatur: deque eo deinceps hoc primo libro disputabitur. In rebus externis quod cujusque est, id aut est jus reale, nempe dominum aliudve in rem aliquam jus; aut personale dumtaxat, uno nomine obligatio sive creditum. Illud Div. Grotio est *Boherring.* hoc *Inschuldt*: 2. *manduct. cap.* 1. & 2. *cap.* 1. *circa fin.* Nimirum ergo huc pertinet non tantum modi acquirendi dominii aut juris alicujus in rem dominio proximi, modi acquirendi res singulas aut per Universitatem: sed etiam modi contrahendarum & acquirendarum obligationum, & contra etiam horum omnium admittendorum aut infirmandorum ac distrahendorum rationes; agiturque de hoc jure *lib.* 2. 3. & parte *quarti* usque ad *tit. de actionib.* Obtinendi utriusque juris ratio est in actionibus, hoc est, juris nostri persecutionibus, sive id fiat in judicio, sive extra judicium auctoritate Magistratus: quod argumentum ultimo tractatur loco.

TITULUS TERTIUS.

DE JURE PERSONARUM.

Conc. Tit. 5. *lib.* 1. *Dig.*

Continuatio. Quid hic persona? quid status, & jus personæ?

IN calce posita titul. proposita fuit series & dispositio summarum partium, quæ deinceps hoc libro, & sequentibus singulatim tractantur. Initium fit a personis, quarum causa cætera constituta sunt. Is titulus ejusdem plane argumenti inscribitur *de statu hominum*. Unde intelligimus personam hic, non qualitatem civis, sed hominis designare, aut potius hominem simpliciter: eamque appellationem tam servo competere, quam homini libero: sicut & in jure passim etiam servo tribuitur, *l.* 3. *pr. ne quis eum qui in jus voc. l. potestatis* 215. *de verb. sign. l.* 22. *de reg. jur.* item jus personæ hic esse, quod statum & conditionem personæ sequitur: nam status ipse est personæ conditio,

ditio, aut qualitas, quæ efficit, ut hoc vel illo jure utatur, ut eſſe liberum, eſſe ſervum, eſſe ingenuum, eſſe libertinum: eſſe alieni, eſſe ſui juris. Itaque ſtatus rationem cauſæ, jus effecti habet. VINN. Jure veteri diſcrimen erat inter hominem & perſonam. *Homo* dicitur, cuicunque contingit in corpore humano mens humana. Et ſic ſola monſtra negantur eſſe homines, *l. 14. ff. de ſtat. hom.* Aſt. *perſona* eſt homo, ſtatu quodam veluti indutus. *Status* vel *naturalis* eſt, vel *civilis*. Quoad naturalem, ſervus perſona dicebatur; (uti in legibus ab auctore allegatis, & *princ. hoc tit.*) non quoad civilem. Quia enim nec libertatis, nec civitatis, nec familiæ particeps erat ſervus, hinc res mancipi, Ulp. *frag. tit.* 19. §. 1. *ἀπρόσωπος* Harmenop. *Lib. 7. tit. 6.* immo *nullus l. 3. ff. de reg. jur. ſine capite*, §. 4. *inſtit. de cap. dem.* denique *mortuus l.* 209. *ff. de reg. jur.* habebatur. HEINN.

T E X T U S.

Prima diviſio perſonarum.

Summa itaque diviſio de jure perſonarum hæc eſt, quod omnes homines aut liberi ſunt, aut ſervi.

N O T Æ.

Jure perſonarum) In π *de ſtatu hominum*, ſtatus rationem cauſæ, jus effecti habet; ſtatus eſt ipſa perſonæ conditio, jus, quod hanc conditionem ſequitur.

Summa diviſio) Id eſt, prima & principalis, vel generaliſſima, *πρώτη ἢ ἀνωτάτη*, 46. *Baſil. tit.* 1.

Liberi aut ſervi) Ex *leg.* 3. *ff. cod.* Adſcriptitios, de quibus *lib.* 11. *Cod.* alii in liberorum, alii in ſervorum numero ponunt.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Adſcriptii cujus conditionis habendi? & num.* 3:
2. *Servi diverſo reſpectu ad primum & ſecundum juris objectum pertinent.*

---

(1) SUmma) Id eſt prima & principalis, vel etiam generaliſſima; nam reliquæ ſunt ſecundariæ aut ſpeciales. De agricolis & adſcriptitiis quæri ſolet, quibus comprobandi? Et quod in re non diſſimili reſpondet Ulp. *l.* 10. *hoc tit.* etiam hic reſponderi poteſt. Ejus conditionis æſtimandos eſſe, quæ in eis prævalet: Non enim una agricolarum coloniis addictorum conditio fuit. Quidam eorum cenſiti erant, quidam non cenſiti: hi coloni, illi fere adſcriptitii dicebantur. Adſcriptitii quaſi ſervi erant, peculiumque eorum ad dominum pertinebat: coloni liberi, ut coloni Palæſtini, Thracenſes, Illyricani; de quibus proprii *tit. lib.* 1. C. Adſcriptitii tributarii erant, id eſt, capitis cenſum ſive capitationem præſtabant; coloni non erant tributarii, reditus tamen certos pro ſolo dominio terræ ſolvebant. Conſule Cujac. *ad tit. Cod. de agric. & cenſ.* Greg. Toloſ. 14. *ſynt.* 10. & omnino Chriſtin. *vol.* 5. *decif.* 86. *& ſeq.*

(2) *Servi*) Videmus igitur & hic in *l.* 4. *cod.* unde hæc ſumpta, non ſolum libros, ſed etiam ſervos ad primum juris objectum referri, videlicet ad perſonas. Atqui ſervi non minus in dominio noſtro & in commercio ſunt quam reliqua, quæ in bonis habemus, adeo que quadrupedibus eos exæquat Cajus in *l.* 2. §. 2. *ad leg. Aquil.* Unde effici videtur, ut ſervi non ad perſonas, ſed ad res referri debeant, non ad primum, ſed ad ſecundum juris objectum. Sed nimirum duplex eſt ſervi conſideratio, qua res, quæ in commercio eſt, ut & reliquæ res noſtræ: & qua perſona, quatenus puta cognatus dicitur, *l.* 4. §. 2. *& ſeqq. de rit. nupt.* quatenus liber fieri, hæres, inſtitui, &c. contrahere, & dominum de peculio obligare, ipſe iterum naturaliter obligari & alios ſibi obligare poteſt, *l.* 14. *de oblig. & act.* Prout igitur conſideratur, ita vel ad primum, vel ad ſecundum objectum pertinet. VINN. Recte. Prout ſervo tamquam homini, ſtatus vel naturalis tribuitur, vel civilis: & poteſt, & non poteſt perſona vocari, & vel ad primum, vel ſecundum juris objectum referri, vid. ſup. *Not. ad rubr. h. t.* & conſ. *l.* 32. *ff. de reg. jur.* HEIN.

(3) In hiſce & pleriſque aliis Chriſtiani orbis provinciis quamvis nulli amplius ſervi ſint; reperiuntur tamen adhuc homines conditionis adſcriptitiæ, ſive ruſticani plebæ addicti & quaſi proprii illius locis, cui adſcripti ſunt; ut in Pannonia, teſte D. Gudelino 1. *de jure nov.* 3. in Burgundia & multis partibus Galliæ. Hi enim ſunt vocant, *Gens de main morte*, *Homines manus mortuæ*, de quibus Chaſſ. *ad conſ. Burg. rubr.* 9. §. 27. Germania quoque ejuſdem conditionis homines habet, quos appellant *proprios*, & libertis magis ſimiles eſſe quam mancipiis, ſcribit D. Vigilius ad §. *ſed cum aliquis inſ. de teſt. ord.* Chriſtin. Latinis colonis comparat *d. dec.* 86. *n.* 18. Sed vide Zaſ. *lib.* 1. *ſing. reſp. c.* 3. *n.* 75. *& ſeqq. & l.* 2. *c.* 7. *n.* 8. Gail. *de pignorat. c.* 8. VINN. Immo homines proprii Germanorum ſunt vere ſervi, quamvis non conditionis Romanæ, ſed Germanicæ, id eſt tales, quales jam olim in Germania deprehendit Tacitus *Mor. Germ. cap.* 25. Glebæ vel prædio adſcripti cum poſteris, debent cenſum, operas, maritagium, mortuarium, vel præcipuum ex hæreditate. Coerceri poſſunt a Dominis, ſed non eccidi. Nec omnia Dominis acquirunt, ſed ea quæ diximus. Cætera liberi, & jure connubii, & commerciorum & ipſius teſtamenti factionis gaudent. Vid. Porgieſſ. *de ſtat. & condit. ſerv. in Germ.* Celſ. Thomas & Hert. *de homin. propr.* GEINN.

T E X T U S.

Definitio libertatis.

1. *Et libertas quidem (ex qua etiam liberi vocantur) eſt naturalis facultas ejus, quod cuique facere licet, niſi ſi quid vi aut jure prohibeatur.*

N O T Æ.

1. *Facere libet*) Effectus libertatis eſt, facere quodlibet; eſt enim poteſtas vivendi, ut velis, Cic. *in Paradox.* Ariſt. 1. *polit.* 9. Zeno apud Laert. breviter, *ἐξουσία αὐτοπραγίας*, *poteſtas pro jure ſuo agendi.*

Niſi ſi quid vi) Finge non vinciri, uſum rerum noſtrarum vi prohiberi, &c. hæc facultatem quidem faciendi impediunt, libertatem autem non minuunt.

Jure) Οὐ γάρ ἐστι δουλεία τὸ ζῆν πρὸς τὴν πολιτείαν. Ariſt. 1. *pol.* 9. *Legum idcirco omnes ſervi ſumus, ut liberi eſſe poſſimus.* *Cic. pro Cluent. cap.* 53. Indicat hanc exceptionem illud Perſianum: *Sat.* 5.

Excepto ſi quid Maſuri rubrica notavit.

COMMENTARIUS.

EX *quo etiam liberi*) Non ex vocabulo, sed ex re ipsa quæ vocabulo designatur. Effectum a causa, concretum ab abstracto. Auctor hujus definitionis est Florent. *in lib.* 4. *hoc tit.*

Cuique facere libet) Differentia ab effectu sumpta. Effectus libertatis est facere quodlibet: est enim *potestas vivendi, ut velis*, teste Cicerone in *Paradox* & 1. *ff. cap.* 21. *n.* 3. A Zenone apud Laert. breviter definitur [Greek], potestas pro jure suo agendi. Ceterum quia hæc potestas partim vi impediri potest, partim legibus circumscripta est; additur exceptio, *Nisi si quid vi aut jure, &c.* qua exceptione significatur, duabus rebus, quominus faciamus quod lubet, nos impediri, vi & jure; neque tamen eo minus liberos esse. Finge igitur nos usu rerum nostrarum vi prohiberi, finge vinciri; facultatem faciendi hæc impediunt, libertatem non imminuunt. Sed neque eo minus sua cuique constat libertas, quod quædam facere legibus prohibemur: nam quæ cum legibus & bonis moribus pugnant, ea ne facere quidem nos posse credendum est, ut præclare noster Papinian. *l. filius* 15. *de cond. inst.* Et divine M. Tullius *in Cluentina, cap.* 53. *Legum*, inquit, *idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possumus*, Cui simile illud Arist. 1. *pol.* 9. [Greek]. Nimirum legis imperium non est [Greek] sed [Greek]. Quapropter obedientia, quæ legibus ultro præstanda, ut omnibus libertas sit incolumis, non pugnat cum libertate, sed eam tuetur; quamvis coerceat atque in gyrum rationis actiones cohibeat, ne licentius evagentur; ut bene Div. Wesemb. *hic*, & D. Tulden. *cap.* 2. VINN. Est & hæc definitio vere Stoica. Vid. Per. *Sat.* 5. *v.* 88. & quæ ibi notavit Casaubonus Arrian. *Diss. Epictet. Lib.* 11. *cap.* 1. Ita vero explicata, non est cur a quibusdam, Accursum sequutis reprehendatur. Vetus enim & proba est, uti ostendit Maran. in *Paratitl. ad Tit. ff. de stat. hom.* HEIN.

T E X T U S.

Definitio servitutis.

2. *Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.*

N O T Æ.

2. *Constitutio*) Id est, res gentium constituta, causa pro effectu: sic thesaurus dicitur depositio pecuniæ, *lege* 31. §. 1. *ff. de acq. rer. dom.* pro *pecunia deposita*.

Domino alieno) Unde Zenoni apud Laert. servitus definitur [Greek].

Contra naturam) Contra communem illam omnium hominum conditionem, quam ab initio habuerunt a natura: *lege* 4. *ff. de just. & jur. lege* 32. *de reg. jur.* [Greek]. Philost. Liberos & servos a natura procreari disputat Arist. 1. *pol.* 3. & 4. sed alio sensu nempe ingenio stupidos & corpore robustos a natura productos videri ad serviendum iis, qui ingenio valent, ministerio scil. œconomico D. Heins. *in Epist. ad Georg. Ricth.*

COMMENTARIUS.

COnstitutio juris gentium) Causa pro effectu, res jure gentium constituta, non ordinatio, aut pars constituens. Tropus in hujusmodi verbalibus non insuetus, sic enim & thesaurus dicitur depositio pecuniæ, *cap. numquam* 31. §. 1. *de acq. rer. dom.* pro pecunia deposita. Apud Laertium a Zenone definitur servitus, [Greek].

Contra naturam) Hoc est, contra communem illam omnium hominum conditionem, quam ab initio habuerunt a natura. Nam servi natura, id est, circa factum humanum, aut primævo naturæ statu nulli sunt; *leg* 4. *de just. & jur. d. l. quod attinet* 32. *de reg. jur.* quamquam justitiæ naturali non repugnat, ex pactione aut delicto servum fieri. Quod vere Aristoteles *l.* 1. *pol. cap.* 3. & 4. scribit servos quosdam nasci & natura esse; eo nihil aliud significat, quam quosdam, nempe ingenio tardos ac stupidos, corpore autem robustos, in hunc finem a natura productos videri, ut aliis, qui ingenio & ratione valent, serviant, subjectione scilicet œconomica, ad ministeria domestica explicanda: qua de re copiose & acute disserit Clariss. Heinsius *in epist. ad Georg. Richterum.*

T E X T U S.

Servi & mancipii etymologia.

3. *Servi autem ex eo appellati sunt, quod Imperatores captivos vendere, ac per hoc servare, nec occidere solent: qui etiam mancipia dicti sunt, eo quod ab hostibus manu capiantur.*

COMMENTARIUS.

1. *Captus jure belli quovis tempore occidi posse; non tamen salva interna justitia.*
2. *Sigonius & Bachovius notari.*
3. *Jura de captivis a gentibus introducta ut captores libentius abstinerent a summo jure, quo captos interficere poterant.*
4. *Captivitatis jura in bello cum Mahumetanis adhuc servari: inter Christianos autem morem esse, ut capti liceat redire.*
5. *In his regionibus servos adeo nullos agnosci, ut etiam illi, qui aliunde huc cum dominis veniunt, liberi fiant.*

EX *eo appellati*) Eadem ratio nominis redditur a Florent. *l.* 4. §. 2. *hoc tit.* Pomp. *l. pupillus* 239. §. 1. *de verb. sign.* August. 19. *de civ. Dei* 15. Nota sic Alciat. *n. d. l.* 239. *de verb. sign.* eumque secuti Mynf. & Schneid. *hic*. non licere hostem, postquam captus est, seque dedidit, occidere, sed tantum arma adhuc tenentem, neque se volentem dedere. In dediticium autem sævire nefas esse, neque id bonos Imperatores unquam permisisse, quamvis plerique statuant, etiam postquam captus est, seseque dedit, hostem jure occidi posse, donec intra præsidia nostra deductus sit: quia alioqui multa adhuc accidere possunt, ut iterum evadat, *arg. l. in laqueum* 15. *de acq. rer. dom.* (1) Accuratius autem hac de re disputat D. Grot. *l.* 3. *de jur. bel. cap.* 4. ubi multis adductis auctoritatibus ostendit, jure belli licere captos occidere, & quovis tempore licere, & eos qui se dedere volunt, nec recipiuntur, immo & deditos sine

sine ulla conditione. Cum autem Scriptores dicunt, id belli jure licitum esse, non intelligunt tale jus, quod actum omni culpa liberet, sed facti impunitatem, ut si forte quis supplicem, aut se ultro dedentem interfecerit, in alio territorio deprehendatur, tamquam homicida puniri non possit, nec bellum ipsi ab alio talis facti nomine inferri. Caeterum etsi impune id fiat, laudabile tamen natura non esse, actumque hujusmodi carere interna justitia; quoniam excedit modum laedendi naturaliter concessum: ideoque nec in foro animae excusatum esse. Hinc Augustinum merito laudare Gothos, quod supplicibus & in templa perfugentibus pepercissent; *Illicitum sibi esse judicantes, quod belli jure fieri licuisset*, *lib.* 1. *de Civ. Dei cap.* 2. De illo inter omnes convenit, eos, qui vitam salvam pacti, sive in fidem recipiuntur, nec exteriori jure trucidari licere. Porro de temperamento circa jus interficiendi in bello captos adi eund. Grot. *de lib.* 3. *cap.* 12. & 14. nonnulla etiam habet D. Tulden. *comm. ad instit. tit. de his qui sui vel alien. jur. cap.* 3.

(2) *Imperatores*) Non intelligit Principes Romanos, sed στρατηγὸς, Belli duces τῶν πολέμων ἡγεμόνας, ut recte vertit Theoph. Quod hic ex Sigonio notat Bachovius, Imperatores dictos ab imperio militari, hoc est, jure belli gerendi, verum quidem est. Caeterum quod ex eodem Sigonio adjicit: hoc imperium militare Magistratui seorsum lege Curiata dari solitum, falsum est. Nam lex Curiata omnibus omnium annorum patriciis Magistratibus necessaria erat, non ad aliquod adventitium rei militaris imperium obtinendum, sed ad confirmationem sui Magistratus, ut religio auspiciorum, quae proprie & praecipue in Curiarum suffragiis intrat, retineretur: quod vel ex una *orat.* 2. *in Rull.* intelligi potest, vid. Gruch. *lib.* 3. *de comit.* & *ita in refut. post. disp.* Car. Sigon. ubi multis testimoniis ex antiquitate petitis ostendit, Consules & Praetores potestatem administrandae rei militaris jure sui Magistratus habuisse. VINN. Ita Vinnius noster Gruchium sequitur, secundum quem contra Sigonium a frequente eruditorum Senatu datum est. Legi de hac Sigonii & Gruchii lite meretur V. C. Graev. praefat. *Thesauri Antiq. Roman. Tom. I.* HEIN.

(3) *Vendere, ac per hoc servare solent*) Non quod hoc facere quasi ex pactione captores cogeretur, sed quia hoc suadebant commoda, quae captivos servantem gentius item jure sequebantur: nempe [illegible], ut est in *Basilic.* quo pertinet illud Horatii, *lib.* 1. *Ep.* 16.

Vendere cum possis captivum, occidere noli.

Coeterum, ut ait Seneca in *Troad. v.* 333.

Lex nulla capto parcit, aut poenam impendit.

Et Centurio Caesarianus Scipionem alloquens apud Hirtium *de bell. Afric. Tibi*, inquit, *cap.* 45. *gratias ago quod mihi vitam incolumitatemque belli jure capto polliceris*. Similiter Caesar Haeduis significat, suo beneficio servatos, quos *jure belli* interficere potuisset, *l.* 7. *comm. cap.* 4. Plura ejusmodi reperies apud D. Grot. *d. lib.* 1 *cap.* 4. vide tamen eumdem *d. l.* 3. *cap.* 11. & 14. ubi docet, quid hic victori liceat secundum justitiam internam. Non frustra autem jura ista in captivos servatos a gentibus introducta exemplo bellorum civilium intelligi potest, in quibus plerumque videmus captos interfectos, quia in servitutem redigi non poterant, *l. si quis* 21. §. 1. *de capt. & postlim.* quod & Plutarchus notavit *in vita Othon.* & Tacitus *lib.* 2. *hist. cap.* 44.

Manu capiantur) Haec notatio si vera est, dicendum erit, hoc nomen ad res caeteras translatum esse. Nam mancipium teste Isidoro 8. *Orig.* 4. veteribus dicebatur quicquid manu capi, subdique potest; ut homo, equus, ovis: adeoque omne, quod per aes & libram fiebat, in quo erant res mancipi, teste Varrone *in fin. lib.* 6. *ling.* Postea receptum, ut & praedia inter res mancipi referrentur, Ulp. *tit.* 19. VINN. Mancipari veteri jure rerum mobilium non plus poterat, quam manu capi posset, Ulp. *frag. titul.* 19. §. 6. Revera ergo & *mancipium* & res *mancipi* & *mancipatio* nomen inde acceperunt, quod dominium adquireretur earum rerum, quae manu capiebantur. HEINN.

(4) In Lusitania aliisque Hispaniae partibus, & nonnullis aliis regionibus, quae Turcis aut Scythis vicina sunt, vetera captivitatis & belli jura adversus Mahumetistas adhuc exercentur; qui eadem acerbitate & Christianos tractant, quos bello capiunt. Ac mos est captos servos permanere, etiamsi religionem Mahumetis ejuraverint, eo quod servum esse non adversetur legi Divinae; 1. *ad Cor.* 7. 21. *Deuter. cap.* 5. *Exod. cap.* 21. *Lev. cap.* 25. ubi de formis servitutis apud Hebraeos, add. Bodin. 1. *de republ. cap.* 5. Connan. 2. *comm.* 1. *civ. ca fin.* Inter Christianos autem jus istud gentium de captivis non observatur, apud quos licet res aliae ex hostibus captae capientibus acquiruntur, homines tamen capti servi capientium non fiunt, nec vendi possunt, aut ad operas urgeri, aliave patienda, quae servorum sunt. Quippe Christianos lex charitatis rectius instituere debuit, quam ut a miseris hominibus interficiendis abduci nequirent, nisi minoris saevitiae concessione. Atque hoc a majoribus ad posteros pridem transiisse scripsit Gregoras, nec eorum fuisse proprium, qui sub Romano Imperio viverent, sed commune cum Thessalis, Illyricis, & Triballis, & Bulgaris. Et quod hac in parte Christiani, idem & Mahumetistae inter se servant. Mansit tamen etiam inter Christianos mos captos custodiendi, donec pretio redimantur, cujus aestimatio in arbitrio victoris est, nisi certi aliquid convenerit, nam pactum semel pro redemptione pretium victor augere non potest. Guid. Pap. *quaest.* 113. Humanitas etiam docet, non ultra intendi debere, quam deducto, ne egeat captus rebus necessariis: quandoque pactis hoc definitur, ut nunc inter milites menstruo stipendio. Jus autem captos servandi solet concedi singulis, qui ceperunt; extra personas eximiae dignitatis: in has enim Reip. aut ejus capiti jus dant plerarumque gentium mores, testib. Bart. & Bald. *in l. nam & Servius* 23. *de neg. gest.* Boer. *decis.* 178. Grot. *l.* 3. *jur. bell. cap.* 7. *num.* 9. (5) Porro in hisce regionibus servos plane nullos habemus aut agnoscimus, adeo ut judicatum sit a summo Consilio, quod est Mechliniae, etiam eos servos, qui in Hispaniam empti cum dominis suis in has partes veniunt, in libertatem proclamari posse liberosque fieri, sive libertatem iis, quamdiu hic sunt, jurisdictione defendi. In Gallia quoque servos, licet peregrinorum, ut primum regni fines penetraverint, eodem momento liberos fieri, exempla rerum judicatarum ostendunt. Vid. Bodin. 1. *de rep.* 5. Louis Charond. es *Pandect. du Droit Franc. l.* 2. *cap.* 2. Gudel. 1. *de jur. nov.* 4. Franciscum Zypaeum *l.* 3. *cap.* 2. *n.* 11. & *seqq.* Christin. *vol.* 4. *dec.* 80. *n.* 2. & *seqq.* Groenevv. *d. leg. arb. ad hoc tit.* VINN. Itaque in Belgio & Gallia

lia & servi ipso jure liberi fiunt, eo adventantes. Ast in Germania non solum Dominis conceditur, ut possint homines proprios vindicare, etsi eo profugerint, ubi illa servitus non sit recepta (vid. Dan. Mevii *Consil. jurid. de statu & vindicatione hominum prop.*) verum etiam quibusdam locis ipso jure fiunt servi, quicumque peregrini eo adveniunt, commorandi & habitandi causa, velut in Algovia, ubi ideo sæpe auditur parœmia: *Die Lufft macht eigen*, id est, *ipse aer homines proprios facit*. Her. *de homin. prop. Sect.* 3. §. 3. Tale & olim fuit jus Wildfangiatorum in Palatinatu Electorali, & Provinciis vicinis, de quo Londorp. *Act. publ. continuat. lib.* 10. *pag.* 126. HEIN.

TEXTUS.

Quibus modis servi constituuntur?

4. *Servi autem aut nascuntur, aut fiunt: nascuntur ex ancillis nostris: fiunt aut jure gentium, id est, ex captivitate, aut jure civili, cum liber homo major viginti annis ad pretium participandum sese venundari passus est.*

NOTÆ.

4. *Nascuntur ex ancillis*) Ex Marcian. *lege* 5. §. *eodem*. Hi vernæ prudentibus dicuntur, de quo nomine vid. Fest. & Nonium. Eodem autem jure ex ancillis nati servi sunt, quo sata cedunt solo: mater enim solo comparatur, vi patris sato. Cujac.

Jure civili) Etsi servitus ex jure gentium origenem habeat, sunt tamen modi quidam constituendæ servitutis etiam jure civili inventi; unus hic exprimitur; alios reperies apud Accurs. & Hotom.

COMMENTARIUS.

1. *Cur ad natos ex servo ventre dominium porrectum?*
2. *Quibus modis jure civili servi fiebant?*
3. *Si quis spontanea subjectione se in servitutem det.*

Ex *ancillis nostris*) Non ipsi tantum, qui capiuntur, servi fiunt; sed & posteri in perpetuum: nempe qui ex matre serva nascuntur. Ex hoc est, quod Martianus dicit, jure gentium servos nostros fieri, qui ex ancillis nostris nascuntur, *leg.* 5. §. 1. *hoc tit.* (1) Placuit autem ad natos dominium ideo porrigi, quia alioqui si summo jure captores utentur, illi ipsi nascituri non erant. Cui consequens est, ut nati ante calamitatem, nisi & ipsi capiantur, servi non fiant. Ideo autem natos maternæ esse conditionis gentibus placuit. quia serviles concubitus nec lege, nec certa custodia erant constricti, ita ut nulla sufficiens præsumptio patrem indicaret Atque ita capiendum Ulpiani illud; *Lex naturæ hæc est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur*; *leg. lex naturæ* 14. *hoc tit.* id est, lex consuetudinis generalis ab aliqua ratione naturali ducta: quo modo juris naturalis vox abusione quadam interdum sumitur. VINN. Sed propius servitutem vernarum deduxeris e jure accessionis. Servi ex personis fiebant res mancipi, vide sup. *ad rub.* Cujus est res, ejus & accessio. Et quidem partus sequebatur ventrem, uti in fœtura animalium. HEIN.

(2) *Jure civili*) Etsi servitus est ex jure gentium; sunt tamen nonnulli modi servitutis constituendæ ex jure civili. Unus hic exprimitur, sed plures fuisse constat: huc enim pertinent, qui servi pœnæ afficiebantur atrociate sententiæ, quorum crebra in libris nostris mentio. Item qui liberti ob ingratitudinem damnati patrono in servitutem traduntur; §. 1. *inf. de cap. demin.* haud secus ac ingrati liberi vocantur in potestatem parentum, *leg. un. Cod. de ingrat. lib.* Erat ex Senatusc. Claudiano alius libertatis amittendæ modus, si libera mulier, domino denunciante, se servo alieno junxisset, de quo *inf. l.* 3. *tit.* 13. Ulp. *infragm. tit.* 11. ubi & alium modum indicat; cum incensus aliquis venisset, quod explicat Cicero *pro Cæcin.* in extremo orationis, Dionys. Halic. *lib.* 4. Sigon. *lib. de antiq. jur. civ. Roman. cap.* 14. Denique etiam in nexos magna fuit creditorum potestas, nec herili admodum absimilis, adi Liv. *lib.* 2. & 8. Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. Merc. 1. *opin.* 9. D. Salmas. *lib. de modd. us. cap.* 18. & *seq.* Cur igitur servi jure civili dicuntur incogniti? Nimirum quia in iis, quæ sunt juris civilis pro nullis habentur, nullam eorum communionem habent.

Liber homo) Ingenuus scilicet & sui juris, ut recte monet Cujac. Neque enim patroni aut patris jus hoc pacto libertus aut filius intervertere possunt; quod & Aug. & Fab. hic notant.

Pretii participandi causa) Modo & partem pretii vere acceperit; *l.* 1. *quib. ad lib. proc. non lic.* Et gnarus conditionis suæ, *l.* 2. *si lib. ign. esse dic.* venditus sit ignoranti conditionem venditi; *l.* 7. §. 2. *de lib. caus.* vid. *Gloss.* & Accurs.

(3) *Venumdari passus est*) Venditores subornabant hominem improbum & has partes fabulæ lucri alicujus gratia peragentem, simulabat is se suum servum vendere. Apud nonnullos usitata fuit voluntaria in servitutem datio, ut apud Germanos, qui novissimo aleæ jactu de servitute contendebant; *Victus voluntariam servitutem adibat*, ait Tacitus *de Morib. Germ. capit.* 24. Possidonius autem Socius in historiis narrat, multos olim fuisse, qui suæ imbecillitatis conscii sponte se aliis in servitutem darent, ut domini quidem ipsis providerent de necessariis, ipsi vero operam, vicissim, quam possent, præstarent. Quæ si res ita accipiatur in terminis naturalibus, nihil habet in se eximiæ acerbitatis, quoniam perpetua ista obligatio compensatur perpetui alimentorum certitudine, quam sæpe non habent qui diurnas operas locant: unde sæpe accidit quod dixit Ebulus:

> Ἐθήλει δ' ἀεὶ μᾶζα καὶ αὐτοῖς κατεμίνει
> Ἐπισίτιος.

Quærunt autem hic DD. possitne quis apud nos perpetuo se obligare ad serviendum, aut operas suas locare, quæ servitutis quædam species videtur: nos autem servos non agnoscimus. Respondent omnes, posse: sed cum facti hæc promissio sit, solvendo id posse: sed cum facti hæc promissio sit, solvendo id quod interest, promissorem liberari; *leg.* 13. §. 1. *de re jud.* Adi de tota [illegible] *de jur. bell. cap.* 5.

TEX-

TEXTUS.

De libertinorum & servorum divisione.

5. *In servorum conditione nulla est differentia, in liberis autem multæ; aut enim sunt ingenui aut libertini.*

NOTÆ.

5. *Nulla differentia*, Servorum varia quidem ministeria, una tamen conditio est, *l. 5. D. eod.* id est; omnes æque servi sunt, πάντες τὴν αὐτὴν δουλείαν δοῦλοί εἰσι, omnihilque interest natus quis an factus servus sit, etsi alius alio præstat, juxta vetus proverbium, δοῦλος πρὸ δούλου, δεσπότης πρὸ δεσπότου, 1. polit. 4.

COMMENTARIUS.

1. *Servorum nullum amplius discrimen esse.*
2. *Civium apud nos quæ distinctio?*

NUlla differentia) Servorum una conditio est, *l. 5. in pr. h. t.* οἱ δοῦλοι ἐν εἴδει εἰσὶν, Mich. Attaliata, id est, omnes æque servi sunt, nihilque interest, utrum qui natus an factus sit servus. Plane opere & ministeriis etiam servi inter se differunt; aliis enim honestior ut atriensibus, dispensatoribus, amanuensibus, aliis minus honesta provincia mandatur: ut mediastinis, focariis, fornatoribus; *l. 15. §. itaque prætor., 44. de injur. l. 1. §. caupones 5. naut. cap. stab.* sed hoc cum totum sit arbitrii herilis, conditionem eorum non mutat. De variis servorum ministeriis & officiis scripsit Per. Fabr. *semestr. pag. 155.* VINN. Ex instituto Laur. Pignorius *de servis eorumque apud veteres ministeriis*, & Tim. Pompa *de operis servorum*. HEIN.

In liberis multæ) Nam primum interest, utrum quis natus, an factus sit liber, hoc est, utrum quis ingenuus sit, an libertinus: deinde utrum qui liber factus est, civis Romanus sit, an Latinus Junianus, aut dedititius: & porro qui civis Romanus, suine juris sit, an alieno juri subjectus: deinde qui sui juris est, sitne in tutela vel curatione, an neutro eorum teneatur: quæ summa est eorum, quæ deinceps hoc primo libro tractantur. (1) Prima autem & secunda distinctio vix ullum amplius usum habent. Nam cum libertinorum differentia a Justiniano sublata sit, & novissimo jure liberti etiam ingenuis per omnia (salvo licet jure patronatus) exæquati; *Nov. 78. c. 1. & 2.* nullum hodie superesse videtur ne inter liberos quidem discrimen; utique respectu conditionis liberæ, nam quoad civitatis & familiæ jura adhuc differunt. Et sic temperandum existimo, quod scribit D. Bachovius ad hunc locum. Hodie de liberis recte dici videri, nullam in eorum conditione & statu differentiam esse apud nos sane, cum nulli sint servi, omnes ingenui dici possunt. (2) Cæterum est generis nonnulla distinctio: alii enim nobiles sint, qui certis privilegiis atque immunitatibus gaudent: alii ignobiles sive plebeji. Ex nobili patre nati & matre ignobili patrem sequuntur, convenienter *l. cum legitimæ 19. hoc. tit.* Christin. *vol. 5. decis. 88. n. 12.* Sed & Comitum ac Baronum liberi ex concubinis suscepti pro nobilibus habentur. Distinctio autem inter ecclesiasticos & sæculares sive laicos post receptam apud nos Religionem Reformatam pene tota sublata est, D. Grot. *l. 1. manud. c. 14. & 15.* Sicubi adscriptitii sunt, ad eos manumissos jus d. *Nov. 78.* applicari posse, censet D. Gudelin. *l. 1. de jur. noviss. 6. in infin.* De variis hominum generibus adi Franc. Zypæum *in Jul. lib. 2. c. 2.* VINN. Sed uti in Germania homines proprii ejusdem conditionis sunt, ac servi olim, quorum meminit Tacit. *de more Germ. c. 15.* ita & hodie nunc in manumissis observatur, quod idem Tacitus de libertis veterum Germanorum ait: *Liberti non multum supra servos sunt*. Eadem enim fere præstant, ac homines proprii, & in eo tantum melioris conditionis habentur, quod non amplius sunt glebæ adscripti, vid. Porgiess. *de stat. & condit. in Germ. lib. 3.* HEIN.

TITULUS QUARTUS.

DE INGENUIS.

Conc. Tit. 14. Cod. Lib. 7.

SEquitur subdivisionis supra positæ per definitionem partium explicatio; & primo ingenuorum *hoc tit.*

TEXTUS.

De ingenui definitione.

Ingenuus est is qui statim ut natus est, liber est; sive ex duobus ingenuis matrimonio editus: sive ex libertinis duobus: sive ex altero libertino & altero ingenuo. Sed & si quis ex matre nascitur libera, patre vero servo, ingenuus nihilominus nascitur, quemadmodum qui ex matre libera & incerto patre natus est: quoniam vulgo conceptus est. Sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et e contrario si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit, eum, qui nascitur, liberum nasci: quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in ventre est. Ex his illud quæsitum est, si ancilla prægnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta pepererit, liberum an servum pariat? Et Martianus probat liberam matrem vel medio tempore habuisse, ut liber nascatur, quod & verum est.

NOTÆ.

Ingenuus) Antiqui ingenuos spuriis opponebant, & patricios initio appellabant, eo apud patrem ciere possent. Lib. 10. cap. 8. Cincius apud Fest. in voce *Patricios*. Cæterum etiam jam olim qui liberi nati erant, ingenuos dictos fuisse, ex Plauto in *Milit. act. 4. scen. 1. v. 15.* & *Penul. act. 5. scen. 6. v. 8.* constat, & alias quoque Latini ingenuum vocant quod nativum est, quomodo Lucretius *Ingenuos fontes*, Juvenalis, *Ingenuum tophum* appellat. VINN. At neque ex Livii, neque ex Festi loco apparet, ingenuos olim oppositos fuisse spuriis. Cincius apud Festum tantum observat, patricios olim dictos etiam *ingenuos*: forsitan, quia genus suum ab urbis primordiis recensere poterant. Apud Livium autem Decius ait, *patricium esse qui patrem ciere possit*, id vero & plebejos ingenuos posse, adeoque & patricios nihil esse, nihil ingenuos, nec Jure obniti, plebejis sacerdotia ambientibus HEIN.

Statim ut natus) Ingenuus proprie est, qui nativam habet libertatem; eum tamen etiam, qui ingenuus pronunciatus est, pro ingenuo accipere debemus; quia res judicata pro veritate habetur, *leg. 25. ff. de stat. hom.*

Ma-

Matre libera) Quia qui nascitur sine legitimo matrimonio, conditionem matris sequitur; *leg.* 18. *l.* 24. *ff. de stat. hom.*

Quoniam vulgo conceptus) His verbis indicatur ratio, cur dicatur ex incerto patre natus. Hotom. pro *quoniam* legendum putat, *id est qui.* Theoph. ἀντὶ τοῦ ἀπὸ πορνείας συλληφθείς.

Martianus probat (Ex Martiano *l.* 5. §. 2. & 3. *ff. de stat. hom.* totus hic locus sumptus est. Is itaque liber nascitur, qui ex matre aut conceptionis, aut partus, aut medio tempore libera nascitur, quod favor libertatis extorsit. Paul. *lib.* 2. *sent.* 24. adde *l.* 18. *ff. de stat. hom. l.* 4. *C. de pæn.*

COMMENTARIUS.

Ingenuus est is.) Prima semper quæstio esse debet de verbis, licet de rebus potior sit, auctore Platone *in Cratylo*; & Quintillianus *in proœm. lib.* 8. curam verborum, rerum vult esse sollicitudinem. Antiqui ingenuos spuriis opponebant & patricios initio appellabant, eo quod patrem ciere possent; ut constat ex oratione P. Decii Muris apud *Liv. lib.* 10. *cap.* 8. & confirmat Cincius apud Festum in voce *patricios*. Ceterum etiam eos, qui liberi nati essent, jam ingenuos appellatos fuisse distinctos ab iis, qui facti erant liberi, ostendit locus Plauti *in Milit. act.* 4. *scen.* 1. v. 15.

Quid? ea ingenua, an festuca facta e serva libera est?
Et quod respondet Palestrio;
Vah, egone ut ad te a libertina esse auderem internuncius,
Qui ingenuis satis respondere nequeas cupidis tui?

Eodemque sensu in *Pœnulo, act.* 5. *scen.* 6. *v.* 8. Adelphasium non semel *ingenua dicitur*. Atque hic hujus vocis apud Latinos usus est etiam in aliis rebus, quæ a natura sunt, & factitiis opponuntur. Sin enim Lucretius *ingenuos fontes*, Juvenalis *ingenuum tophum* appellat. Verba Juvenalis *satyra* 3. v. 18. sunt:

Quanto præstantius esset
Numen aquæ, viridi si margine clauderet undas
Herba, nec ingenuum violarent marmora tophum?

Quo loco tophum nativum diserte *ingenuum* vocat; nec ulla est translatio contra quam existimat Britannicus. Ingenuus igitur proprie est, qui nativam habet libertatem. Cæterum quia res judicata pro veritate habetur, etiam ingenuum accipere debemus eum, qui ingenuus pronuntiatus est, *l. antepon. de stat. hom.* Sed & jura ingenuitatis habent, saldo jure patronatus, qui jus aureorum annulorum a Principe impetraverunt, *tit. de jur. aur. annul.* & plenissimam ingenuitatem, qui a Principe natalibus restituti sunt, *tit. de nat. rest.* Hodie omnes liberi ex constitutione Justiniani *Nov.* 78. ingenui sunt, ita ut hæc quæstio, quæ olim propter prærogativas ingenuorum magni momenti erat, hodie nullius usus sit.

Matre libera) Partus extra nuptias conceptus matris conditionem sequitur, *l. lex naturæ* 24. *de stat. hom. l.* 3. *C. sol. matr.* Patrem sequi non potest, quia nullum habere intelligitur, cum is dumtaxat pater sit jure civili, quem nuptiæ demonstrant, *l.* 6. *de his qui sui vel al. jur. l.* 5. *de in jus voc.* Qui si natus sit ex ventre adscriptitio? Placet adscriptitium nasci, *leg. nec. diutius*, 21. *Cod. de agric. & cens. lib.* 11. In comitatu tamen Burgundiæ hoc non observatur, sed natus ex manumortua & patre libero, aut manumortuo & matre ingenua, patris conditionem, non ventris, sequitur, Christin. *vol.* 5. *dec.* 88.

Quoniam vulgo conceptus) Ratio cur dicatur ex incerto patre natus, nimirum quia mater cum pluribus consuevit. Hoc quidem de natis ex concubina dici non potest: sed tamen nec hi patrem habere intelliguntur, quoad ea, quæ sunt juris civilis, & effecta justi matrimonii; puta patriam potestatem, familiam, jura sacrorum. §. *si adversus* 22. *inf. de nupt.* VINN. Immo ex concubina nati patrem, sed naturalem; spurii ne naturalem quidem habere intelliguntur, quia vulgo concepti. Unde S. P. in vetustis monumentis Plutarchus significare putat *sine patri filium*, *Quæst. Rom. pag.* 316. HEIN.

Liberum nasci) *l.* 5. §. 2. *de stat. hom.* Is itaque liber nascitur, qui ex matre aut conceptionis, aut partus, aut medio tempore libera nascitur; quod partim ex ratione juris, partim propter favorem libertatis receptum est; Paul. *lib.* 2. *sent.* 24. Potest & in universum hæc ratio dari, quod is, qui in utero est, quoties de commodo ejus agitur, pro jam nato habetur, *l.* 7. *l. pen. d. tit.*

TEXTUS.

De servitute ac manumissione facti.

1. *Cum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit ei in servitute fuisse, & postea manumissum esse: sæpissime enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem.*

NOTÆ.

Constitutum est) Plures extant hac de re constitutiones sub *tit. C. de ingenuis manum.* & eo pertinet *l.* 21. §. 1. *ff. de capt. & postlim.*

Natalibus) Theophil. τῇ εὐγενείᾳ, ingenuitati, veritati, & origini ingenuitatis. Paul. *l.* 5. *sent.* 1.

Non officere) Non inurere notam libertinæ conditioni.

COMMENTARIUS.

In servitute) Aliud est in servitute esse, aliud servum esse: illud facti, hoc juris est. Sic aliud est in libertate esse, aliud liberum esse; aliud in possessione esse, aliud possidere, *l.* 10. §. 1. *de acq. poss.* Servus est, qui justam servitutem servit: in servitute esse dicitur, qui cum servus non sit, pro servo habetur, ut Pamphila *in Adria* Terentii.

Natalibus) Id est; τῇ εὐγενείᾳ ingenuitati sive nativæ conditioni, quam non vitiavit falsa servitutis opinio. Plures extant hac de re constitutiones *sub titul. Cod. de ingen. manum.* Atque huc pertinet quod Ulp. *in leg. quis* 21. §. 1. *de capt. & postl.* scribit, bello civili captos & venumdatos, posteaque manumissos, supervacue a Principe repetere ingenuitatem, utpote quam captivitate illa non amiserunt. VINN. Quæ ratio etiam valuit in filiis venumdatis vel noxæ datis & postea manumissis. Cic. pro *Cæcin. cap.* 33. *lib.* 1. *de orat. cap.* 40. Paul. *Rec. sent.* 1. nec non in obæratis, addictis creditori, qui libertatem recuperaverant. Quintil. *Instit. lib.* 8. *cap.* 3. & *Decl.* 311. Nam & hi non libertini censebantur, sed ingenui. HEIN.

TITULUS QUINTUS.

DE LIBERTINIS.

Summa Tituli.

Pars altera ſubdiviſionis, quæ ad libertinos pertinet: qui, quales ſint, unde originem ducant, quibus modis ad hanc conditionem perveniant, & de diverſa eorum qualitate, *hoc tit.* diſputantur.

T E X T U S.

Definitio & origo libertinorum & manumiſſionis.

Libertini ſunt, qui ex juſta ſervitute manumiſſi ſunt. Manumiſſio autem eſt, de manu datio: nam quamdiu aliquis in ſervitute eſt, manui & poteſtati ſuppoſitus eſt: & manumiſſus liberatur a domini poteſtate. Quæ res a jure gentium originem ſumpſit, utpote cum jure naturali omnes liberi naſcerentur, nec eſſet nota manumiſſio, cum ſervitus eſſet incognita. Sed poſtquam jure gentium ſervitus ingenuitatem invaſit, ſecutum eſt beneficium manumiſſionis: & cum uno communi nomine omnes homines appellarentur, jure gentium tria hominum genera eſſe cœperunt: liberi; & his contrarium, ſervi; & tertium genus libertini, qui deſierant eſſe ſervi.

N O T Æ.

Libertini) Ex *l. 6. ff. de ſtat. hom.* Appii Cæci temporibus & deinceps aliquandiu libertini dicti non ipſi, qui manumittebantur, ſed ingenui ex his procreati: ut ſcribit Sueton. *in Claud. c.* 24. poſtea ipſi manumiſſi libertini dici cœperunt, & ex his procreati, ingenui. Liberti & libertini nomina ſic differunt. Liberti nomen ad jus patronatus reſpicit; libertini ad perſonæ conditionem, *l. 1. & ult. ff. ſi ingen. eſſe dic.* Libertus & patronus relativa ſunt: libertinus & ingenuus contraria. Hotom.

Juſta ſervitute) Id eſt, quæ revera ſervitus ſit, non opinione & errore tantum, addit Theph. καὶ ἔννομα & *legitima*, quod non placet.

De manu datio) Reponendum ex Florent. *De manu miſſo*, id eſt, *Datio libertatis, leg. 4. ff. de juſt. & jur.* ut brevi ſermonis compendio notetur & nominis definitio & rei.

Communi nomine) Apud Ulp. in *d. l. 4.* legitur, *Uno naturali nomine*; ſenſus eſt, cum omnes homines natura liberi eſſent, ut nomen rei conveniat.

Liberi, Id eſt *ingenui*. Partem ſubdiviſionis in diviſione collocat, quod Ulpiano, a quo hæc ſumpta, familiare, *L. 5. ff. de pact. l. 1. §. 2. ff. de juſt. & jur.*

COMMENTARIUS.

Libertini ſunt) Ex Cajo in *l. 6. de ſtat. hom.* antiquitus libertinos dictos ſcribit eſſe Tranquillus *in Claud. cap.* 24. non ipſos, qui manumitterentur, *ſed ingenuos ex his procreatos*. Ex quo loco duo præterea colligas; nempe poſtea eos ipſos, qui manumitterentur, libertinos dici cœpiſſe, & qui ex his procreati eſſent, ingenuos. Notant hic plerique ex Laur. Valla, *lib. 4. c. 1.* differentiam eſſe inter voces *Libertinus & Libertus*; illud eſſe relativum ingenui; hoc patroni: id eſt, voce *Libertinus* deſignari conditionem hominis ingenuitati ex adverſo oppoſitam; per *Libertus* autem ſignificari privatum quemdam reſpectu ad patronum, cujus libertus, non libertinus dicitur qui manu miſſus eſt. Illud leviſculum eſt, quod ibidem Valla notat, *Libertinus* eſſe adjectivum, *Libertus* ſubſtantivum. VINN. tamen id diſcrimen ſemper obſervaverunt veteres, veluti in *L. 4. de juſt. & jure*, *L. 20. §. 4. de bon. libert. L. 28. eod.* ſi recte ſe habet textus, vid. Ducker. *de Latin. JC. vet. p. 378. ſeq.* HEIN.

Ex juſta ſervitute manumiſſi) Juſta, id eſt, quæ revera ſervitus ſit, non opinione & errore tantum. Aliquando & ſine manumiſſione dominorum ſervi libertatem recipiunt ex ſenatuſconſulto aut conſtitutione aliqua; exempla ſuppeditat *tit. ff. qui ſin. man. ad lib. perv. & tit. C. pro quib. cap. ſerv. pro præm. lib. ac.* Generalius itaque definiri potuiſſet: libertinos eſſe, qui deſierunt eſſe ſervi; ut in calce hujus text. ex Ulp. 4. *de juſt. & jur.* unde reliqua hujus loci deſcripta ſunt.

De manu datio) Reponendum ex textu Florentino, *De manu miſſio*, id eſt, *Datio libertatis*, *d. l. 4. de juſt. & jur.* ut brevi ſermonis compendio notetur definitio & nominis & rei. De manu enim eſt, De poteſtate domini, Lucan. *lib.* 1.

De manibus veſtris, quantus ſit Cæſar, habetis.

Ingenuitatem) Vox hæc delenda eſt, cenſeo cum Bachov. ut quæ nec in vulgatis editionibus reperitur, nec eſt apud Ulpian. *d. l. 4.* unde hæc ſumpta; neque eam agnoſcunt Hotom. Cujac. Conc. Theoph.

Communi nomine) Alias, *naturali nomine*. Id eſt, cum omnes homines liberi eſſent; ut nomen rei conveniat. Plura quæ huc pertinent, notavimus ſup. ad *tit. de jur. nat. gent. & civ.*

T E X T U S.

Quibus modis manumittatur.

1. *Multis autem modis manumiſſio procedit; aut enim ex ſacris conſtitutionibus in ſacroſanctis Eccleſiis; aut vindicta, aut inter amicos; aut per epiſtolam, aut per teſtamentum; aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem. Sed & aliis multis modis libertas ſervo competere poteſt, qui tam ex veteribus, quam ex noſtris conſtitutionibus introducti ſunt.*

N O T Æ.

Sacroſanctis Eccleſiis) Hic modus tribuendæ libertatis a Conſtantino introductus eſt; *l. 1. & 2. Cod. de his qui in Eccleſ. man.* & ſuffectus in locum ejus, qui olim fiebat luſtrali cenſu. Vid. Sigon. *l. 1. de antiq. jur. civ. Rom.* c. 14. add. *tripart. hiſt. l. 1. c. 7.* & Niceph. 7. c. 14.

Vindicta) Virgulam eſſe ſcribit Boet. *in Top. Cic.* quam lictor juſſu Magiſtratus manumittendi capiti imponebat. *Feſtuca* Plauto dicitur in *Mil. glor. act. 4. ſcen.* 15. κάρφος Plutarcho *de ſera num. vind.* Nomen ductum a Vindicio creditur Vitelliorum ſervo, qui cum nobilium adoleſcentium conjurationem de Tarquiniis reducendis detexiſſet, primus hoc modo manumiſſus traditur. Liv. *lib. 2. c.* 5.

COMMENTARIUS.

Multis autem modis) Olim tres tantum modos manumittendi fuiſſe, cenſu, vindicta, teſtamento, oſtendit argumentatio Ciceronis *in Topic. cap.* 2. ab enumera-

meratione partium; *Si neque censu*, inquit, *neque vindicta, neque testamento liber factus est, non est liber.* Accesserunt quidem postea & alii modi; veluti per epistolam, in convivio, inter amicos; sed his modis manumissis plena libertas non conferebatur; Ulp. Cajus *in instit.*

In sacrosanctis Ecclesiis) A Constantino constitutum est, ut in Ecclesiis, hoc est in cœtu Christianorum, veluti in comitiis Ecclesiasticis teste populo & signatore Episcopo, manumissi justam libertatem consequerentur: *tit. C. de his qui in Eccles. man.* Quod genus manumissionis suffectum esse apparet in locum ejus, quæ olim per censum fiebat; cum servi lustrali censu in campo jussu dominorum inter cives Romanos censum profitebantur. Vid. Sigon. *lib. 1. de ant. jur. civ. Rom. c. 14.*

Vindicta) Virgulam esse scribit Boetius *in Top. Ciceronis*, quam lictor jussu Magistratus manumittendi capiti imponebat: atque ab hac virgula hunc manumittendi modum appellatum. *Festuca* Plauto dicitur *in mil. glorios. act. 4. scen. 1. v. 15.* Alii hunc modum sic dictum malunt a Vindicio Vitelliorum servo, qui primus dicitur vindicta liberatus, eo quod conjurationem nobilium adolescentium de Tarquiniis reducendis detexisset; auctore Livio *lib. 2. 5.* Tenebat dominus modo caput, modo aliud membrum servi, dicebatque; hunc hominem liberum esse volo. *Fest. in verb. manumitti*, & cum dicto eum circumagebat significans, se ei potestatem facere abeundi quo vellet. Eo pertinent hæc Persii *satyr. 5. v. 75.*

> —— *Heu steriles viri, quibus una Quiritem*
> *Vertigo facit.*

Et paulo post, *v. 78.*

> *Verterit hunc dominus, momento turbinis exit*
> *Marcus Dama.*

Pluribus hæc explicant Marcill. *ad d. satyram.* Brissonius *lib. 5. antiq. cap. 11.* Sigonius *lib. 1. de antiq. jur. civ. Rom. cap. 6.* Fac. Gallus Neapol. *in opicib. leg.*

Inter amicos, per epistolam) Inter amicos, adhibitis quinque testibus: per epistolam, a domino & quinque testibus subscriptam: *l. un. §. 1. & 2. C. de Lat. lib. toll.*

Aliam ultimam voluntatem) Puta codicillos. Consulto tamen miscere videtur justos manumittendi modos cum cæteris, quia ipse differentiam sustulit.

Aliis multis modis) Quorum plerique enumerantur in *d. l. uno §. 3. & seqq. C. de Lat. lib. toll.* Adeant curiosiores *tit. C. pro quib. c. servo pro præm. lib. ac. ff. qui sine man. ad lib. perv. C. si manc. ita ven. nec prostit. & si manc. ita su. alien. l. nemini 24. C. de episc. aud.*

T E X T U S.

Ubi & quando manumitti potest?

2. *Servi vero a dominis semper manumitti solent, adeo ut vel in transitu manumittantur; veluti cum Prætor, Præses, aut Proconsul in balneum vel theatrum eunt.*

N O T Æ.

2. *Semper*) Id est, omni die, sive festo, sive profesto, sive fasto, sive nefasto καὶ ἐν ἀπράκτῳ ἡμέρᾳ. Fabrot. in not. ad Theophil. *l. 2. l. 8. C. de Feriis.*

COMMENTARIUS.

In transitu) Cum aut lavandi, aut gestandi, aut ludorum gratia prodeunt, prætor, proconsul, legatusve Cæsaris, *l. 7. de man. vind.* Neque enim necesse est pro tribunali manumittere, cum hic actus sit voluntariæ jurisdictionis, *l. 2. de offic. proconf. & pr.* ... approbationem & auctoritatem magistratus nihil desideret.

T E X T U S.

De libertinorum divisione sublata.

3. *Libertinorum autem status tripartitus antea fuerat; nam qui manumittebantur, modo majorem & justam libertatem consequebantur, & fiebant cives Romani: modo minorem, & latini ex lege Junia Norbana fiebant: modo inferiorem, & fiebant ex lege Ælia Sentia dedititii. Sed quoniam dedititiorum quidem pessima conditio jam ex multis temporibus in desuetudinem abierat: Latinorum vero nomen non frequentabatur; ideoque nostra pietas omnia augere, & in meliorem statum reducere desiderans, duabus constitutionibus hoc emendavit, & in pristinum statum reduxit. Quia & a primis urbis Romæ cunabulis una atque simplex libertas competebat, id est, eadem, quam habebat manumissor; nisi quod scilicet, libertinus sit qui manumittitur, licet manumissor ingenuus sit. Et dedititios quidem per constitutionem nostram expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones: per quas suggerente nobis Triboniano viro excelso, Quæstore nostro, antiqui juris altercationes placavimus. Latinos autem Junianos, & omnem, quæ circa eos fuerat, observantiam, alia constitutione per ejusdem Quæstoris suggestionem correximus, quæ inter imperiales radiat sanctiones; Et omnes libertinos (nullo nec ætatis manumissi, nec domini manumittentis, nec in manumissionis modo discrimine habito, sicuti antea observabatur) civitate Rom. decoravimus, multis modis additis, per quos possit libertas servis cum civitate Romana, quæ sola est in præsenti, præstari.*

N O T Æ.

3. *Status tripartitus*) Ulpian. *in fragm. tit. 1. & 3.* Cajus *1. Instit. tit. 1.*

Cives Romani) Nempe qui vindicta, censu, testamento manumissi erant. Ulp. & Caj. *ubi sup.* Hos modos civiles & legitimos vocat Theoph.

Lege Julia Norbana) Qua cautum, ut ii servi, qui per epistolam aut inter amicos aut convivii adhibitione manumitterentur, non cives Romani, sed eodem jure essent, quo ante bellum sociale Latini coloni, *l. un. in pr. C. de Lat. lib. toll.* ut neque connubii, neque testamenti, neque mancipii aut nexus, neque patriæ potestatis, &c. jura habuerint. Ulp. *in frag.* variis locis. Poterant autem multis modis jure Quiritium augeri. Ulpian. *dict. tit. 3.* VINN. Quædam hic non satis accurate traduntur. Nam primo non ante bellum tantum sociale erant coloni Latini, sed & postea, cum jam civitas Romana cum Italis esset communicata. Spanh. *Orb. Roman. l. 9.* Deinde omnino Latinis erat jus commercii & mancipationis cum civibus, Ulp. *tit. 19. §. 4.* Unde & familiæ emptores, & testes, & libripendes esse poterant, Id. *tit. 20. §. 8.* Denique testari quidem non poterant, nec ex testamento capere, Ulp. *tit. 16. §. 1.* lice-

licebat tamen eis fideicommissum capere, Id. *tit.* 75. §. 6. HEIN.

Dedititii) Hi quoque Latini liberti fuere, sed conditione Latinorum dedititiorum, quos scil. populus Romanus post defectionem victos in deditionem acceperat. Scribit Suetonius Augustum cavisse, ne vinctus unquam tortusve ullo libertatis genere civitatem adipisceretur, *cap.* 40. Add. Ulp. & Caj. *ubi sup.* VINN. Dedititios etiam Latinos libertos fuisse, legere me non memini. Ejusdem potius erant conditionis ac omnes populi dedititii cujuscumque nationis. Vid. Caj. *Lib.* 1. *Inst. Tit.* 1. §. 4. Jam id moneo, non ex lege demum Junia Norbana primum libertinos quosdam Latinæ conditionis fuisse, sed ex lege etiam Ælia Sentia, eos nimirum, qui minores 30. annis testamento fuerant manumissi. Ulp. *tit.* 1. §. 3. HEIN.

Pessima conditio) Non multum distans a servientium specie, §. *ult. inf. de success. liber.*

In meliorem statum) Aliud judicium Augusto fuit, qui magni æstimabat sincerum atque ab omni colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum. Suet. *cap.* 40.

Simplex libertas.) Cic. *pro Balb. cap.* 24. Dionys. Halic. *lib.* 4. *p.* 126. ubi Servium Tullium hujus instituti auctorem fuisse refert.

Ætatis manumissi) Vid. Ulp. *tit.* 1. §. 7. Theoph. *hic.*

Decoravimus) Aliis *donavimus*. Antoninus antea civitate data exæquaverat omnes ingenuos, *l.* 7. *ff. de stat. hom.* Justinianus omnes libertinos, novissime & libertinorum conditionem sustulit, data manumissis ingenuitate. *Nov.* 78. *cap.* 5.

COMMENTARIUS.

1. *Latini liberti quo jure fuerint?*
2. *Quo jure dedititii?*
3. *Antoninum exæquasse omnes ingenuos, Justinianum omnes libertinos.*

(1) ANtea fuerat) Hoc non est referendum ad tempora liberæ Reip. sed sequentia. Nam, ut auctor est Suetonius, I. Augustus, cum servorum manumissione contaminari civitatem Romanam videret (quod & Dionys. Halicarn. *lib.* 4. conqueritur) eos multis difficultatibus a libertate justa removit: deque numero & conditione & differentia eorum, qui manumittebantur, curiose cavit. Hinc nata lex Ælia Sentia, hinc Fusia Caninia, de quibus postea. Hinc Junia Norbana, Silano & L. Norbano Consf.

Cives Romani) Scilicet, qui censu, vindicta, testamento, non qui per epistolam, aut inter amicos manumissi erant. Ulp. & Cajus *in inst.*

Latini in Lege Norbana) Qua cautum fuit, ut ii servi, qui epistolam, aut inter amicos, aut convivii adhibitione manumitterentur, non cives Romani, sed eodem jure essent, quo ante bellum sociale Latini coloni: quod significare voluit Justinianus *l. un. in pr. Cod. de Lat. lib. toll.* cum ait, *Latinos libertos ad similitudinem antiquæ Latinitatis, quæ in colonias deducta est, introductos esse*. Discimus autem ex Cicerone *pro Cæcinn. cap.* 34. *&* *pro domo sua, cap.* 30. eos qui in Latinam Coloniam nomina dedissent, aut deducti, inque eam civitatem recepti essent, Romanam civitatem amisisse; & hoc quoque est, quod Boet. *in Top. Cic. cap.* 2. scribit: *Ista in Latinas Colonias profectione mediam capitis diminutionem contingere*. Quæ cum ita sint, apparet eos neque connubii, neque testamenti, neque mancipii aut nexus, neque patriæ potestatis, neque tutelæ recipiendæ jura habuisse, ac proinde eadem quoque conditio Latinorum libertinorum fuit: quod etiam diserte variis in locis testatur Ulpian. *in fragm.* De Latinis libertis ita scribit Justinianus §. *ult. inf. de success. libert.* *Eos quidem ut liberos vitam peregisse; attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amisisse; & quasi servorum, ita bona eorum jure quodammodo peculii patronos occupasse*, congruit *l.* 1. *Cod. Theod. de petit. hæred.* Quemadmodum autem Latini coloni multis rationibus ad civitatem Rom. pervenire poterant, quas ex Liv. Appian. Cic. *pro Cæc. pro Balb. pro Dom. sua*, collegit Gruch. *lib.* 2. *de comit.* ita & Latini liberti multis modis jure Quiritium augeri, quos recenset Ulpian. *in fragm. tit.* 3.

(2) *Ex lege Ælia Sentia dedititii.*) Auctor hujus legis Augustus, latores Sext. Ælius & C. Sentius Consf. Scribit etenim Suetonius *Aug. cap.* 40. Augustum cavisse, *ne vinctus unquam tortusve ullo libertatis genere civitatem adipisceretur*. Et existimare licet, libertos hosce dedititios eamdem habuisse libertatem, quoniam populus Rom. Latinis illis reliquerat, quos post defectionem victos & in deditionem acceptos vita quidem & imagine aliqua libertatis ex humanitate donaverat, sed ut jure connubiorum & commerciorum mulctati ad jus civitatis numquam pervenire possent: ut sint hi quoque Latini liberti, sed conditione Latinorum dedititiorum: add. Ulp. Caj. *in Instit.* Formulam deditionis descripsit Livius in deditione Collatinorum & Campanorum, *l.* 1. *c.* 38. *&* 7. *c.* 31. VINN. Sed vide, quæ supra ad notas diximus. HEINN.

In meliorem statum reduxit) Non deest, quod contra dici posset. Certe aliud judicium Augusto fuit, qui magni existimabat sincerum atque ab omni colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum, civitatemque tam parce dabat, ut Liviæ pro tributario Gallo roganti civitatem negaverit; immunitatem obtulerit: affirmans se facilius passurum fisco detrahi aliquid, quam civitatis Romanæ vulgari honorem. Sueton. *in August. cap.* 40.

Primis cunabulis) Hoc non ita dictum accipimus quasi jam inde ab urbe condita manumissi jus civium habuerint: sed ex quo manumissis jus civitatis communicatum est (quod factum est infante adhuc populo sub rege Servio Tullio) id diu postea observatum fuisse, mansisseque usque ad tempora Augusti, arg. eorum quæ tradit Dionys. Halic. *lib.* 4. *p.* 126. Et ergo ex illo tempore, quamdiu resp. stetit, una libertinorum omnium conditio fuit: nam omnes pari jure cives Rom. erant, & plena ac justa libertate fruebantur.

(3) *Libertinus sit*) Jure novissimo & hoc sustulit, data ingenuitate, salvo tamen manente jure patronatus. *Nov.* 78.

Ætatis manumissi) Nam lege Ælia Sentia cavebatur, ut servus minor triginta annis testamento manumissus non civis fieret, sed Latinus esset; vindicta manumissus non aliter civis fieret, quam si causa apud consilium probata fuisset teste Ulpiano *in fragm. tit.* 1. §. 12. De censu quid hic dicam non habeo: necesse tamen est, aut hunc actum nullum fuisse, aut eum, qui inter cives census esset, civem factum. Itaque dubito, an verum sit, quod generaliter definit Theophilus, servum minorem 30. annis, quoquo modo manumissum, Lati-

Latinum fieri. VINN. De censu nihil Ulpianus; quia ejus tempore census lustralis ab usu recesserat. Nec dubium tamen, quin & censu manumissus, minor 30. annis Latinus manserit. Eum enim non nisi triginta annorum civitate Romana potitum esse, docet *Fragmentum regularum ex vetere JCto*, quod Pariatori legum Mos. & Rom. subjici solet §. 17. Conf. V. C. Schulting. *ad Ulp. tit.* 1. §. 12. HEIN.

Domini manumittentis) Augustinus 3. *emend.* legendum censet *dominii*; ut hoc non ad ætatem domini referatur, sed ad qualitatem dominii, quod & Grot. h. *in flor. sparf.* probat, & Theophilum ita legisse arguunt verba paraphrasis, *περὶ τῆς δεσποτείας* [illegible]. Dominorum enim alius in bonis, alius ex jure Quiritium habebat: ille Latinum faciebat, hic civem. Ulp. *in fragm. tit.* 1. §. 11. Theoph. *hic*. Quæ differentia a Justiniano sublata est *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.*

Civitate Romana decoravimus) Atqui jam multo ante omnes, qui in urbe Romana essent, ex constitutione Antonini cives Romanos effectos Ulp. prodidit *l. in orb. 17. de stat. hom.* Sed illa constitutio non pertinet ad eos qui conditione personæ, sed natali loco & patria impediebantur, quominus essent cives Romani. Quæ res ut planissime intelligatur, Jus civitatis Romanæ olim raro, & non nisi bene meritis civitatibus dari solitum erat. Postea lege Julia datum est sociis & Latinis omnibus, qui arma deposuerant. Id factum initio belli socialis. Sigon. *lib. 3. de antiq. jur. Ital. cap. 1. & 2.* Gruch. *lib. 2. de Com. Rom.* Hoc autem beneficium intra terminos Italiæ continebatur, ut docet Cic. *pro Balb. cap.* 21. Progressu temporis quibusdam etiam provincialibus civitas data: & ad extremum omnibus, qui sub imperio Romano essent, constitutione Antonini. Antoninus ergo civitate data exæquavit omnes ingenuos: Justinianus sublata differentia manumissionis omnes libertinos: qui novissime & libertinos exæquavit ingenuis; salvo jure Patronatus. Nov. 78. quod positum est in obsequiis, operis, dono, munere & successione libertorum, *tit. ff. de jur. patron. & aliquot. seqq. lib. seq.* Sunt & tacitæ quædam manumissionis species; veluti si dominus servum suum tutorem vel hæredem scripserit, aut adoptaverit, §. 2. *inf. tit. prox.* §. 1. *inf. qui test. tut. dar.* §. *ult. inf. de adopt.* aliæque complures, quas operæ pretium non est aut recensere, aut explicare; congessit eas Gudelin. *lib.* 11. *de jur. noviss. c.* 4. VINN. Addo (1.) Initio omnibus promiscue civitatem datam, qui Romam migrabant, etiam devictis gentibus, Liv. *Lib.* 1. *cap.* 8. Cic. *pro Balbo, cap.* 12. Dionys. Halicarnas. *Lib.* 4. *pag.* 126. (2.) Deinde & civitatibus quibusdam jus civitatis datum, easque vocatas esse municipia, Ez. Spanh. *orb. Rom. Ex.* 1. 8. (3.) Legem Juliam non sub finem belli socialis latam anno U. C. 694. eaque non omnibus Italis civitatem datam, sed iis, qui flagrante bello sociali in fide manserant. Appian. *de B. C. Lib.* 1. *pag.* 379. Cic. *pro Balb. cap.* 21. Vellej. Pat. *Lib.* 2. *cap.* 16. Reliqui enim paulo post lege Plautia jura civitatis accepere. Cicero *pro Archia cap.* 4. Præter Lucanos & Samnites, qui anno 670. civitate donati. Tit. Liv. *l.* 84. (4.) Reliqua omnia accurate exsequutum esse Spanh. *in orbe Rom.* HEIN.

TITULUS SEXTUS.

QUI, ET EX QUIBUS CAUSIS MANUMITTERE NON POSSUNT;

D. Lib. 40. Tit. 9. Cod. lib. 7. Tit. 11.

Argumentum Tituli.

IGitur quod ex *superiore tit.* intelligi potuit, cum varii sint manumittendi modi, eadem tamen omnium vis atque effectus est, ut omnes manumissi liberi fiant & cives Romani. At enim hac manumissorum omnium exæquatione nihil derogatum ex lege Ælia Sentia, quæ quibusdam ex causis libertatem impediebat, sed quibus ex causis illa eam impediebat ante hanc exæquationem, ex iisdem etiam nunc obstat, quominus manumissi liberi fiant. Causæ duæ duobus hujus legis capitibus, quæ hic proponuntur & explicantur, comprehensæ; quorum primo cavetur; *Ne quis in fraudem creditorum manumittat, nisi forte servum unicum hæredis habendi gratia*; altero: *Ne minoribus 20. annis aliter jus sit manumittere, quam justa causa apud consilium approbata*. Et totidem ergo erunt superioris regulæ exceptiones.

TEXTUS.

Prius caput Legis Æliæ Sentiæ de manumittente in fraudem creditorum.

Non tamen cuicumque volenti manumittere licet: nam is, qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit, quia lex Ælia impedit libertatem.

NOTÆ.

Nihil agit) Igitur ita manumissi liberi non fiunt, & additur ratio, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, id est, liberos fieri prohibet, sicut in universum, quod lege prohibente fit, ipso jure nullum est, *l. 5. C. de leg.* Quod sicubi legas libertatem revocari aut rescindi, id minus proprie dictum accipe: vide respectu actus manumissionis, qui in suspenso est donec constet de fraude, & an creditores suo jure uti velint. Legem hanc latam esse Augusti temporibus indicat Dio *l. 55. p. 577.* consule *Indic. leg. Rom.* Hotom. Conn. *lib. 2. comm. cap. 5.* VINN. Bonæ frugis pleniora sunt, quæ de historia hujus Legis scripsit Henr. Noris, *ad Cenotaph. Pis. Diss. 3. cap. 9.* Observandum, æque hac Lege impeditam esse manumissionem in fraudem patronorum *Caj. Inst. Lib. 1. Tit. 1. §. 6.* Ulpian. *Tit. 1. §. 15.* Quod perperam e Legibus XII. Tab. derivat Osselius. HEIN.

COMMENTARIUS.

NIhil agit) Nempe ergo ita manumissi liberi non fiunt; & ratio additur, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, hoc est, liberos fieri prohibet, *l. in fraudem 27. qui & a quib. mant.* sicut in universum quicquid lege prohibente fit, ipso jure nullum est: *l. non dubium 5. C. de legib.* Quamobrem cum legibus libertates per legem Æliam Sentiam rescindi aut revocari, ut in *l. 5. §. 2. d. tit. l. 1. C. qui man. non poss.* hoc minus proprie di-

dictum accipiamus, & respectu actus manumissionis, qui non continuo & ab initio ipso jure nullus est, sed suspenditur, donec constet, fraudari sint creditores, nec ne: & si fraudari sint, utrum jure suo uti velint; nam si non sint fraudari, aut fraudati jure suo non utantur, actus validus est, & manumissi retro liberi facti intelliguntur; si fraudati sint & jure suo utantur, perinde habetur atque si nulla manumissio intervenisset. Quamdiu autem hæc incerta sunt, scribit Paulus manumissos, vi ipsa statu liberos esse, *l. 1. de statu lib.* Ipse autem manumissor, & hæredes ejus nullo colore libertatem revocare possunt, *l. 5. C. de serv. pig. dat. man. fac. l. 3. qui & a quib. man.* His addi potest & peculiaris ratio, quod libertas, quæ semel competit, non revocatur, *§. semel. 6. hoc tit. leg. 9. §. de man. vind.* Ex quibus omnibus manifestum est, errare D. Pacium, qui in notis marginalibus scribit, libertatem ipso jure non competere, sed retractari. Alia longe ratio est edicti, *Quæ in fraud. cred.*

T E X T U S.

De servo instituto cum libertate.

1. *Licet autem domino, qui solvendo non est in testamento, servum suum cum libertate hæredem instituere, ut liber fiat, hæresque ei solus & necessarius, si modo ei nemo alius ex eo testamento hæres extiterit: aut quia nemo hæres scriptus sit, aut quia is, qui scriptus est, qualibet ex causa hæres ei non extiterit. Idque eadem lege Ælia Sentia provisum est, & recte. Valde enim prospiciendum erat, ut agentes homines, quibus alius hæres extiturus non esset, vel servum suum necessarium hæredem haberent, qui satisfacturus esset creditoribus; aut hoc eo non faciente, creditores res hæreditarias servi nomine vendant, ne injuria defunctus afficiatur.*

N O T Æ.

1. *Hæresque ei solus*) Non tamen necesse est, solum hæredem scriptum esse, sed neminem alium hæredem existere, ne ex substitutione quidem, *l. 57. ff. de hær. instit.*

Injuria) Positum pro *Ignominia*, nam ignominiosum bona cujusquam propter æs alienum divendi: cujus rei testis locuples Cic. pro *Quinct. c. 15.* Igitur ratio exceptionis hæc est, ut auctionis ignominia, quo alioqui defunctus oneraretur, potius derivetur in hæredem servum.

COMMENTARIUS.

IN capite legis Æliæ Sentiæ, *Ne quis in fraudem creditorum manumittat*, nominatim additur hæc exceptio: *Nisi quis unum ex servis suis testamento liberum & hæredem esse jusserit*; quod quamobrem a lege provisum sit, mox dicetur.

Hæresque ei solus) Non quod necesse sit, solum eum hæredem scriptum esse: sed si plures scripti sunt, cæteros deficere, & neminem alium hæredem existere, ne ex secundo quidem gradu; utique libero homine substituto *l. si quis 57. de hær. inst.* nam si & alter servus secundo loco scriptus sit, solus primo loco scriptus hæreditatem capiet: *l. qui solvendo 60. d. tit.* Quid si duo servi eodem gradu instituti? Invicem sibi obstant. Cæterum altero ante apertas tabulas mortuo, is qui superest, liber & hæres erit, *l. 42. & seq. eodem.*

Necessarius) Ita dicitur, non quia hæreditatem adire cogitur: sed quia sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus liber & hæres fit, *§. 1. inf. de hær. qual. & diff.* ac proinde ipso jure, sicuti sui & necessarii hæredes, *arg. l. furiosus 63. de acq. hær.* Hoc tantum interest, quod Prætor suis hæredibus potestatem facit, abstinendi ab hæreditate, necessariis non item *leg. necessariis 57. d. tit. de acq. hæred.*

Valde enim prospiciendum erat) Ratio exceptionis satis justa, videlicet ut famæ defuncti parcatur, & auctionis ignominia, qua alioqui defunctus oneraretur, in hæredem servum potius derivetur, qui duplici de causa hoc æquo animo ferre debet; Primum quia rem pretiosissimam & inæstimabilem libertatem consequitur: deinde quia quicquid post mortem patroni sui acquirit, non est obnoxium creditoribus, si bonorum separationem petierit, quam impetrare potest, si bona defuncti non attigerit, *d. §. 1. Inst. de hær. qual. & diff.* junct. *l. 1. §. ult. de separ.* Falluntur ergo qui scribunt, servum hæredem necessarium conveniri posse; si is postea ad meliorem fortunam pervenerit, exemplo eorum, qui bonis cesserunt; *§. ult. inf. de act.*

Injuria) Hoc est, ignominia, quamvis enim edicto Prætoris de infamibus non notetur: oneratur tamen existimatio ejus, & facti infamiam non effugit is, cujus bona auctioni & hastæ publice subjiciuntur, cujus rei locupletem testem habemus Ciceronem *pro Quinctio c. 15.*

T E X T U S.

De servo instituto sine libertate.

1. *Idemque juris est, etsi sine libertate servus hæres institutus est. Quod nostra constitutio non solum in domino, qui solvendo non est, sed generaliter constituit, nova humanitatis ratione, ut ex scriptura institutionis etiam libertas ei competere videatur, cum non sit verisimile, eum quem hæredem sibi elegit, si prætermiserit libertatis dationem, servum remanere voluisse, & neminem sibi hæredem fore.*

N O T Æ.

2. *Sine libertate.*) Non libertate nominatim prohibita, sed omissa, nulla facta mentione libertatis.

Nostra constitutio) *leg. pen. C. de necess. serv. hær. inst.* junct. *pr. infr. de hær. inst.*

Nova humanitatis ratione) Quia etsi ex Veteribus quoque juris auctoribus quidam hoc ipsum probaverant, numquam tamen obtinuerant: ut *d. pr. inf. de hær. instit.* Cujac.

COMMENTARIUS.

NOva humanitatis ratione) Primus Justinianus generaliter constituit, ut servus a domino simpliciter hæres institutus, & liber & hæres fiat: Veterum quidem, sed eorum paucorum sententiam secutus, quæ idcirco antea non obtinebat, *l. pen. Cod. de nec. serv. her. inst.* junct. *pr. infr. de hær. inst.*

Cum non sit verisimile) Nam qui vult consequens, ut DD. hi notant, & in *leg. 2. de jurisd.* etiam antecedens velle intelligitur, sine quo ad illud consequens perveniri non potest, eademque ratione haud dubie & Paulus & Atilicinus, quibus jam ante hæc sententia placuit, usi sunt. Verum hæc ratio aliis non satis idonea visa fuit, fortassis ideo, quia cum libertas sit aliquid majus & pretiosius ipsa hæreditate, absurdum videatur per consequentiam hæreditatis datæ libertatem

servo,

servo defendere, rem longe majoris momenti. Rationem enim juris non pati, ut id, quod dignius est & magis principale, a re minus digna minusque principali vires capiat, per *l. quod per manus* 10. *ff. de jure Codicill.* Constitutio Justiniani ad adscriptitios, sicubi sunt, trahi potest; & sic etiam si quis homini proprio, ut vocant, feudum dederit, eo ipso & libertatem ei dedisse censet D. Tulden. *in comm. hic cap.* 3. VINN. Fuere etiam, qui & libertatem datam præsumi oportere ajunt, si quis Turcam vel Paganum baptizari jubeat. Sed docte hanc sententiam singulari dissertatione *de manumissione per baptismum* refellit celeb. Thomasius HEIN.

T E X T U S.

Quid sit in fraudem creditorum manumittere?

3. *In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore quo manumittit, solvendo non est; vel qui datis libertatibus desiturus est solvendo esse. Prævaluisse tamen videtur, nisi animum quoque fraudandi manumissor habuerit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non sufficiant: sæpe enim de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines. Itaque tunc intelligimus impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, id est, & consilio manumittentis, & ipsa re, eo quod bona ejus non sunt suffectura creditoribus.*

N O T Æ.

3. *In fraudem*) Descriptus hic locus est ex *l.* 10. *ff. qui & a quib. man.*

Desiturus est solvendo esse) Species hæc sit: Sempronius, qui mille in bonis habebat, ac totidem debebat, servum in fraudem creditoris manumisit: quo facto 50. de bonis ejus decesserunt, ut jam creditores solidum consequi nequeant. Q. an impediatur libertas R. Impediri cum Cajo *in d. l.* 10

Prævaluisse) Libertas non revocatur, nisi & fraudandi consilium manumissor habuerit, & creditores reipsa fraudentur: *d. l.* 10. *leg.* 1. *C. qui man. non poss.* in fideicommissaria tamen libertate solus rei eventus spectatur, *l.* 4. §. 19. *in fin. ff. de fideicom. lib. l. ult. Cod. eod.*

C O M M E N T A R I U S.

D*Esiturus est solvendo esse*) Descriptus hic locus est ex *l. in fraudem* 10. *qui & a quib. man.* nimirum quia lex Ælia Sentia simpliciter loquitur de debitore, qui solvendo non est. Quæsitum est, an lex etiam ad eum pertineat, qui datis demum libertatibus desiturus est solvendo esse, & placuit pertinere, *d. l.* 10. Ratio in promptu est, quia solvendo esse nemo intelligitur, qui solidum, quod debet, solvere non potest; *l. solvendo* 114. *ff. de verb. sign.* non potest autem, qui posse desiit.

Prævaluisse) Ni hæc duo concurrant, ut & fraudandi consilium manumissor habuerit, & creditores eventu atque re ipsa fraudentur, libertas non revocatur; *dict. tit.* 10. *l.* 1. *C. qui man. poss.* Quod & ipsum proculdubio ex sententia legis simpliciter loquentis acceptum est, non ratione aliqua speciali & favore libertatis, ut putat D. Wesemb. sed communi, & ad revocationem ex edicto, *Quæ in fraudem creditorum*, etiam pertinente; de quo dicemus ad §. *item si* 6. *infra de act.* Creditoribus igitur agentibus incumbet probare, se & eventu fraudatos esse, & manumissorem animum fraudandi habuisse. Atque hic locus erit præsumptionibus, quibus fraus aut arguitur, aut abfuisse docetur, qua de re consulantur DD. hic & in *d.* §. 6. Cæterum hæc, quæ diximus, locum habent in libertate directo testamento data; in fideicommissaria autem solus rei eventus spectatur, *l. ult. C. qui man. non poss.* Antiquia ubi res adhuc integra est, & ab alio servus manumittendus, facilius visum est impediri libertatem. VINN. Probant plerique hanc rationem. Vid. B. Hub. Disp. *Jur. Fundam.* 9. §. 10. HEIN.

De facultatibus suis amplius sperant) Plerumque homo humani ingenii vitio rei modicus, spei immodicus est: quod accidit frequenter his, qui transmarinas negotiationes & in aliis regionibus, quam ubi ipsi morantur, per institores exercent, *d. l.* 10. *qui & a quibus man.* ex quo loco apparet, quod hic traditur, etiam ad libertates inter vivos datas pertinere, non ad testamentarias dumtaxat, ut male post alios Schneid.

T E X T U S.

Alterum caput Legis Æliæ Sentiæ de minore viginti annis.

4. *Eadem lege Ælia Sentia domino minori viginti annis non aliter manumittere permittitur quam si vindicta apud consilium, justa causa manumissionis approbata, fuerint manumissi.*

N O T Æ.

4. *Domino.*) l. 4. §. *ult.* & passim *ff. de manum. vind.* Providere lex voluit, ne temere & sine certo animi judicio servi libertate & civitate donarentur.

Apud consilium) Adhibebantur in consilium Romæ 5. Senatores, & 5. Equites, in provinciis 20. recuperatores cives Rom. Ulp. *tit.* 1. §. 8. Theoph. *hic.* In notis D. S. C. *de consilii sententia*, Grot. *in spars. Flor.* Exercere consilium non potest, cui mandata est jurisdictio; l. 2. ff. de off. ejus cui mand. jurisd. unde apparet Magistratum non habuisse jus exercendi consilium vi suæ Jurisdictionis; *arg.* l. pr. d. tit. VINN. Consilium ergo Romæ constituerunt Decemviri litibus judicandi; V. C. Ger. Nood. *de Jurisd. lib.* 1. *cap.* 12. In provinciis frequens mentio τῆς ὑπατείας cujus & in sacris mentio fit *Act.* 25. 12. HEIN.

C O M M E N T A R I U S.

A*Lterum caput legis Æliæ Sentiæ fuit; Minoribus 20. annis non aliter manumittere jus esto, quam causa justa apud consilium approbata; l.* 1. *de manum. l.* 11. *& seqq. de man. vind.* Providere lex voluit, ne temere & sine certo animi judicio servi libertate & civitate donarentur.

Quam si vindicta) Legendum cum D. Hotom. ex auctoritate librorum veterum, *Quam si dicta apud consilium justa causa manumissionis, approbata fuerit manumissio*; & ita Theoph.

T E X T U S.

Quæ sint justæ causæ manumissionis?

5. *Justæ autem causæ manumissionis sunt, veluti si quis patrem, aut matrem, filiumve, filiamve, aut fratres sororesve naturales, aut pædagogum, aut nutricem, aut educatorem, aut alumnum, alumnamve, aut*

aut collectaneum manumittat, aut servum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii habendi causa: dum tamen intra sex menses in uxorem ducatur, nisi justa causa impediat; & servus, & qui manumittitur procuratoris habendi gratia, non minor decem & septem annis manumittatur.

NOTÆ.

5. *Si quis patrem, &c.*) Finge filium, cum esset una cum parentibus naturalibus in ejusdem domini potestate, hæredem a domino institutum esse; hic filius, ut cæterarum rerum defuncti, ita & parentum suorum dominus efficitur. Justissimam autem eos manumittendi causam habet, & ita porro.

Alumnum) Quod fere in mulieribus usu venit, sed tamen in viris etiam receptum, *l. 14. ff. de mand. vind.*

Procuratoris) Plerique de procuratore ad negotia hunc locum accipiunt; Cujac. de procuratore ad judicia, ut & Frabrot. Bachovius de utroque, cui assentior.

Intra sex menses) Et exigitur prius jusjurandum; *d. l. 1.*

3. *Justa causa impediat*) Veluti si patronus Senator fiat in *l. 23. ff. de ritu nupt.*

Decem & septem) Id *d. l. 13.* est *decem & octo*. Sed ille qui attigit annum XVIII. non minor XVIII. dicitur, hoc loco non minor XVIII. qui implevit XVII. Cujac.

COMMENTARIUS.

HÆC desumpta sunt ex *leg. justa 9. leg. si minor 11. & aliquot seqq. de man. vind. l. matrimonii 11. qui & a quibus man.*

Procuratoris) Arbitror in genere hanc manumissionis causam justam fuisse, etiam si minori 20. annis specialim opus non esset procuratore ad judicium, scilicet ut liber factus servus, tanto commodius officium procuratoris exercere tam in judicio, quam extra judicium posset. Itaque neque Cujacio assentior, qui *lib. 22. obs. 16.* locum hunc accipit de procuratore ad judicium tantum; (neque enim satis justa causa videtur, ut quis ob unam forte litem persequendam servum suum manumittat) nec DD. vulgo, qui de procuratore ad negotia duntaxat; quasi minor 25. annis alienæ litis procurator esse neutiquam possit: quod falsum est, *l. cum mandato 23. de minorib.* Sane ad defendendum minor 25. annis procurator idoneus non est; *l. minor 51. de procur.* VINN. Sed quum ad id, ut quis alterius negotia extra judicium procuret, nec libertate nec XVII. annorum ætate opus sit, arg. *l. 7. §. 1. 2. & l. 8. ff. instit. act.* magis est, ut de judiciali tantum Procuratore loqui Imperatorem, cum Cl. Voetio existimemus. HEIN.

Matrimonii habendi) Verbum *habendi* delendum esse nemo, qui modo Latine sciat, negare poterit; nec in aliis reperitur, ut neque in *leg. 20. §. hoc tit.* nec in *leg. 13. de manu vind.* nec Theoph. agnoscit.

TEXTUS.

De causa semel probata.

6. *Semel autem causa approbata, sive vera sit, sive falsa, non retractatur.*

COMMENTARIUS.

EX *l. 9. §. 1. de man. vind.* Ratio est, quia lex Ælia Sentia non causam exigit nominatim, sed causæ dictionem; & hoc est, quod Marcian. ait in *d. leg. 9. §. 1.* causæ probationis contradicendum esse, non etiam causam approbatam retractandam.

TEXTUS.

Abrogatio posterioris capitis Legis Æliæ Sentiæ.

7. *Quum ergo certus modus manumittendi minoribus 20. annis dominis per legem Æliam Sentiam constitutus esset, eveniebat, ut qui 14. annos expleverat, licet testamentum facere, & in eo sibi hæredem instituere, legataque relinquere posset, tamen si adhuc minor esset 20. annis, libertatem servo dare non posset. Quod non erat ferendum, nam cui totorum suorum bonorum in testamento dispositio data erat; quare non similiter ei, quemadmodum alias res, ita & de servis suis in ultima voluntate disponere, quemadmodum voluerit, permittimus, ut & libertatem eis possit præstare? Sed quum libertas inæstimabilis res sit, & propter hoc ante 20. ætatis annum antiquitas libertatem servo dare prohibebat: ideo nos mediam quodammodo viam eligentes, non aliter minori 20. annis libertatem in testamento dare servo suo concedimus, nisi 17. annum impleverit, & 18. attigerit. Quum enim antiquitas hujusmodi ætati & pro aliis postulare concesserit; cur non etiam sui judicii stabilitas ita eos adjuvare credatur, ut ad libertatem dandam servis suis possint pervenire?*

NOTÆ.

7. *Libertas inæstimabilis res*) Servum tamen libertate donare non est inæstimabile domino, & alia haud dubie ratio legis Æliæ Sentiæ fuit, & hæc nimirum, quod servi minoribus dominis facile blandis verbis aut aliis artibus persuadere possunt, ut se manumittant, vel pro turpis alicujus obsequii remuneratione: *leg. 2. C. si adv. lib. leg. 16. C. de lib. caus.*

Mediam viam) Hinc inferunt posse quandoque judicem in ambiguitate juris vel facti rem dividere: utique hoc facere solent prudentes, ubicumque est τάραζα, id est, perplexa quæstio, *leg. 9. ff. ut leg. nom. cau. l. 40. ff. de hær. Instit.* Videndum tamen semper, quid suadeat ratio juris.

Pro aliis postulare) *Leg. 1. ff. de postul.* Collectio tamen hæc minus bona est; adolescens ingressus annum XVIII. postulare potest, ergo & servum suum manumittere; sunt enim hæc plane diversa.

COMMENTARIUS.

NAM *cui totorum*) Argumentatur a majori ad minus κατασκευαστικῶς, cui quod plus est, licet, ei non debet quod minus est non licere, *l. 21. de reg. jur.*

Quum libertas inæstimabilis res sit) Aliam rationem legis Æliæ Sentiæ fuisse existimo, nempe quod servi junioribus dominis facile blandis verbis aut aliis artibus persuadere possunt, ut se manumittant, *arg. §. 4. sup. eod.* vel pro turpis alicujus obsequii compensatione. Est quidem libertas res inæstimabilis, & ipsi servo οὐδὲν τιμιώτερον ἐλευθερίας; at servum libertate donare non est inæstimabile domino, cui longe plus est, posse aliquem hæredem instituere, prædium legare, quam servo vilissimi pretii dare libertatem; licet ipsi servo majus sit libertatem accepisse, quam hæreditatem aut prædium.

Idem nos mediam viam eligentes) Hinc inferunt, posse quandoque judicem in ambiguitate juris vel facti rem dividere, Cujac. 17. *obs.* 21. Thesaur. *decis.* 19.

Boer.

Boer. *decis.* 239. Et sane causa anceps per mediocritatem optime dividitur, etiam Paulo teste in *leg. filio* 7. *ut legat. nom. cav.* Sic cum de dominio speciei ex aliena materia factæ dissensio inter Sabinum & Proculum esset, Cajus in *leg.* 7. §. *cum quis* 7. *de acq. rer. dom.* mediam sententiam secutus est, eamque probavit Justinianus, §. *cum ex aliena* 25. *infr. de rer. div.* Et Tiberius Cæsar, cum servus ejus Parthenius tamquam ingenuus hæres scriptus esset, cum substituto Parthenii hæreditatem divisit, *l. & hoc* 41. *de hær. instit.* §. *ult. inf. de vulg. subst.* Videndum tamen semper est, quid suadeat ratio juris.

Nisi 17. annum) Jure novissimo permittitur non minus libertates, quam res alias testamento relinquere ea ætate, qua testamentum facere permissum est; masculis nimirum anno ætatis quarto decimo, feminis duodecimo, *Nov.* 119. *cap.* 1.

Pro aliis postulare) Veteres ætatem 17. annorum idoneam rati sunt ad prodeundum in publicum & causas agendas: atque hac ætate & paulo majore fertur Nerva filius publice de jure respondisse, *l.* 1. §. 3. *de postul.* Est autem, si libere philosophandum est, vitiosa hæc collectio; Adolescens annum ingressus 18. pro alio postulare potest, ergo & servum suum testamento manumittere; sunt enim hæc plane diversa. Nec pigeat in transitu dicere, pueros ingenuos usque ad annum ætatis decimum sextum prætexta puerili toga usos fuisse, ingressosque annum decimum septimum purpuram, quæ & virilis dicitur, sumpsisse: quo fere anno ad Oratorem aliquem deducebantur, quicum in forum descendentes annum unum patronos audiebant, quo assiduis auscultationibus confecto, causas ipsi agere, tamquam jam informati & non omnino rudes instituebant; funebres autem orationes etiam minore multo ætate habebantur: nam Augustus annum agens duodecimum pro concione aviam Juliam defunctam laudasse traditur. Sueton. *in Aug. cap.* 8. add. Car. Sigon. *l.* 3. *de judic. c.* 18. Hotom. *hic.* VINN. Immo anno ætatis XV. expleto, togam virilem sumpsisse adolescentes, eleganter & cum adparatu demonstravit Henr. Noris. *Cenotaph. Pisan. Diss.* 2. *cap.* 4. HEIN.

TITULUS SEPTIMUS.

DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDA.

Conc. Lib. 7. Cod. Tit. 3.

T E X T U S.

Lege Fusia Caninia certus modus constitutus erat in servis testamento manumittendis, quam quasi libertatis impedientem, & quodammodo invidam, tollendam esse censuimus; quum satis fuerit inhumanum, vivos quidem licentiam habere totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediat libertatem; morientibus autem hujusmodi licentiam adimere.

N O T Æ.

Lege Fusia Caninia) Lata hæc lex Augusti temporibus, ut ex Suetonio intelligimus *cap.* 40. ubi & ratio legis indicatur, ne sc. concessa libera testamento manumittendi potestate, libertis & sordidis hominibus civitas Roman. contaminaretur: sustulit eam Just. *leg. un. C. hoc tit.*

Certus modus) Certus numerus, quem in manumittendo excedere non liceret. Ulp. *tit.* 1. Caj. *lib.* 1. *tit.* 2. Paul. 4. *sent.* 14. Apud Vopiscum *Tacit. cap.* 10. legimus, Tacitum Imperatorem in testamento suo intra Caniniam mansisse. VINN. Nihil de testamento Vopiscus. Videtur potius Tacitus servos urbanos inter vivos manumisisse, & cum ultra centum non liberasset, existimasse Vopiscus, eum Lege Fusia Caninia impeditum fuisse, quasi ea lex ad manumissos inter vivos pertineret. Qua in re tamen magis forsan erravit Vopiscus quam Tacitus Imperat. HEIN.

COMMENTARIUS.

CErtus modus) Id est, certus numerus definitus erat, quem in manumittendo excedere non licebat; vid. Ulp. tit. 1. Cajum *lib.* 1. *tit.* 1. Paul. 4. *sent.* 14. Ratio legis hæc fuit, ut ex Suetonio *in Aug. cap.* 40. intelligimus, ne concessa libera testamento manumittendi potestate, libertis & sordidis hominibus civitas Rom. contaminaretur. VINN. Conferendus locus Dionysii Halic. *lib.* 4. *pag.* 228. *de libertis pileatis patroni defuncti lecticam comitantibus. Ubi vera causa legis ea de re latæ.* HEIN.

Testamento) Cur non etiam inter vivos? Nimirum quia & sine eo scopum suum lex assequitur. Nam metuendum non est, ut vivi & valentes tam profuse liberales simus, ut ea faciamus, quæ mox morituri: cum rebus nostris jam non amplius uti nos posse credimus, liberalitatis laudem tum maxime venantes. Pertinet huc insignis locus apud Dionys. Halic. *lib* 4. *pag.* 228. ubi scribit; *Multos se vidisse, qui profusa honoris ambitione omnes servos suos testamento vel flagitiosissimos manumitterent, ut pilati funus sequerentur.* Atque hic fere mos est legislatorum, ut ea sola prohibeant, quæ facile fieri posse existimant, non quæ difficultet; *l.* 4. *in fin. Sen. Vell.* ubi eadem ratio redditur: cur Senatus intercessionem mulieris prohibuerit, non donationem, & videmus, quo facilius quid fieri potest, quod lex fieri non vult, eo strictius id vetari: ideo enim lex Julia fundum dotalem alienari vetat invita muliere, obligari etiam ea consentiente; *inf. quib. al. non lic. in pr.*

Totam familiam) Id est, ut Theophil. vertit; πάντας τὰς οἰκέτας *omnes servos.* Servos enim unius domini familiam Veteres frequenter appellant, ut in *tit. si fam. furt. fec. l.* 9. *de jurisd. l. illud* 33. *in pr. ad leg. Aq. leg. optio* 13. *de opt. leg. l. pronuntiatio* 195. §. *servitutum* 3. *de verb. sign.* atque in urbanam & rusticam dividunt, *l. Urbana* 166. *eod.* Alias plerasque hujus vocis significationes habent in *d. l. pronuntiatio.*

Alia causa impediat) Puta si manumissor solvendo non sit, vel minor decem & septem annis.

Morientibus adimere) Argumentatio ab actu inter vivos ad ultimam voluntatem, eaque κατ᾽ ἀντίθεσιν. Quatenus hæc argumentatio procedat, & contra, bene docet D. Præses Evehard. Claud. Cant. *in topic.* & Mynf. *hic*, certe non procedit, si legis Fusiæ spectemus rationem. Quæ hæc est, quod facilius in testamento manumittimus, quam inter vivos, *l.* 4. *in fin. ad Senat. Vell.*

TITULUS OCTAVUS.

DE HIS QUI SUI VEL ALIENI JURIS SUNT.

Cont. D. lib. 1. Tit. 6.

TEXTUS.

Altera divisio Personarum.

Sequitur de jure personarum alia divisio. Nam quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri subjectæ. Rursus earum, quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ sunt in potestate parentum, aliæ in potestate dominorum. Videamus itaque de his, quæ alieno juri subjectæ sunt. Nam si cognoverimus, quænam istæ personæ sunt, simul intelligemus, quæ sui juris sunt; ac prius inspiciamus de his, quæ in potestate dominorum sunt.

NOTÆ.

Alia divisio) Ex Cajo *l. 1. ff. hoc tit.* hac divisione personæ superiore divisione secretæ iterum in unum coguntur, quia de vi, & effectu dominicæ potestatis adhuc erat cognoscendum.

In potestate) Varia est hujus vocis significatio, *l. 215. ff. de verb. sign.* hic summam significat, ἄκραν ἐξουσίαν, ut definit Theoph.

COMMENTARIUS.

PRoponitur hic ex Cajo *l. 1. h. tit.* alia personarum divisio: sed non sine vitio. Primum quia hæc ex summa illa, quæ *sup. tit. 3.* tradita est, non deducitur: deinde quia de servis jam ante intellectum est, eos omnes esse juris alieni, ut nihil necesse fuerit rem eamdem inculcare. Rectius fecissent Compositores, si hic omissis servis, quorum omnium eadem conditio est, liberorum hominum differentias, sicuti instituerant, §. *ult. d. tit. 3.* porro persecuti essent, eosque subdivisissent in eos, qui sui, & qui alieni juris sunt, aut potius in patresfam. & filiosfam. ut Ulpian. *l. 4. hoc. tit.* Excusantur tamen quod cum de vi & effectu dominicæ potestatis adhuc cognoscendum erat, secretas superiore divisione personas in unum iterum coegerint.

Simul intelligimus) Ratio ex hoc principio logico petenda: *Contrariorum cognito uno cognoscitur & alterum. Arist. 1. Top. 14. & 2. cap. 2. Cic. in Top. & 2. de orat.* Non quod explicata & cognita una specie generis divisi, statim accurate cognoscamus naturam speciei oppositæ: sed quod illa cognita, intelligimus cætera, quæ sub genere comprehensa sunt, ad species oppositas pertinere. Nam illud tantum in universum verum est, unum oppositum alterius cognitionem juvare in eo, quatenus oppositum est; quo pertinet illud Arist. 2. *Reth. cap.* 12. παρ' ἄλληλα φαινόμενα μᾶλλον φαίνεται.

TEXTUS.

De Jure gentium in servos.

1. *In potestate itaque dominorum sunt servi.: quæ quidem potestas juris gentium est; nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ, necisque potestatem fuisse: & quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiri.*

COMMENTARIUS.

1. *Jus vitæ & necis neque omnes gentes usurpasse, neque justitia interna licere servum occidere.*

EX quo jure servitus est, ex eodem & dominorum in servos potestatem esse, nemo est qui ambigat. Cæterum quod hic ex Cajo *l. 1. §. 1. h. t.* Justinianus refert; apud omnes gentes summum illud jus vitæ & necis in servos usurpatum fuisse; de majore parte accipiendum est, deque eo, quod impune in servos fit ex rigore juris gentium. Nam apud multos populos jus hoc usurpatum non fuisse, sed servos humaniter tractatos, ut apud Parthos, Germanos, Hispanos, ipsosque adeo Græcos, teste sunt Justin. *lib* 41. 2. Tacit. *de morib. Germ. c. 25.* Athenæus *lib. 6.* Bodin. 1. *de repub.* 5. Grot. 3. *de jur bell. & pac.* 14. Et agnoscunt omnes, multum distare id, quod impune in servum fit ex gentium jure, & id quod naturalis ratio fieri sinit. *Cum in servum*, inquit Seneca 1. *de Clem.* 18. *omnia liceant, est aliquid, quod in hominem licere commune jus vetet.* Et paulo ante: *In mancipio*, ait, *cogitandum, non quantum illud impune pati possit, sed quantum tibi permittat æqui bonique natura, quæ parcere etiam captivis & pretio paratis jubet.* Et vero si natura inter homines omnes cognationem quamdam constituit, *l. 3. de just & jur.* consequens est, hominem in hominem sævire, nefas esse: ac proinde alienum ab omni humanitate, quamvis servum, hominem tamen occidere, aut crudeliter tractare. Apostoli dictum est: *Domini, jus & quod æquum est, servis præstare, gnari vobis quoque dominum esse in cælo, ad Coloss. 4. vers.* 1. VINN. Hæc quidem omnino recte se habent. Sed numquam tamen veteres Dominis permisisse puto promiscuam servos occidendi licentiam. Et Dominis ob jus vitæ & necis non magis competebat, quam summo imperanti, cui jus vitæ & necis est, non tamen occidendi vel sæviendi licentia. Nec plus periculi erat, ne Dominus servos suos sine ratione occidere vellet, quam ne quis equos occidat. Servi enim erant nobilissima pars patrimonii. HEIN.

Quodcumque per servum acquiritur) Hoc ut rationi juris gentium convenit; nam qui in aliena non tantum potestate, sed etiam dominio est, nihil proprium habere potest; de quo plenius *in §. item verbis 3. inf. per quas pers. cuiq. acq.*) ita nihil admodum iniquitatis habet: quoniam dominus vicissim ad alimenta servo præstanda obligatus est.

TEXTUS.

De Jure Civium Romanorum in servos.

2. *Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet sine causa legibus cognita in servos suos supra modum sævire. Nam ex constitutione D. Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri jubetur, quam si alienum servum occiderit. Sed & major asperitas dominorum ejusdem Principis constitutione coercetur. Nam Antoninus consultus a quibusdam Præsidibus provinciarum de his servis, qui ad ædem sacram, vel statuam Principum confugiunt, præcepit, ut si intolerabilis videatur sævitia dominorum, cogantur servos suos bonis conditionibus vendere, ut pretium dominis daretur; & recte; expedit enim Reipublicæ, ne sua re quis male utatur. Cujus rescripti ad Ælium Martianum missi*

ver-

verba sunt hæc: „ Dominorum quidem potestatem in „ servo illibatam esse oportet, nec quidem hominum „ jus suum detrahi, sed & dominorum interest, ne auxilium contra sævitiam, vel famem, vel intolerabilem injuriam denegetur iis, qui juste deprecantur. „ Ideoque cognosce de querelis eorum, qui ex familia Junii Sabini ad sacram statuam confugerent, & „ si vel durius habitos, quam æquum est, vel infami „ injuria affectos esse cognoveris, venire jube; ita ut „ in potestatem domini non revertantur. Quod si meæ „ constitutioni fraudem fecerit, sciat me hoc admissum adversus se severius executurum.

NOTÆ.

2. *Sine causa*) Descripta hæc partim ex *l.* 1. §. 2. partim ex *l.* 2. *ff. hoc tit.*

Non minus puniri) Hoc significat, qui servum suum sine causa occidit, tam reum esse homicidii, quam si alienum occidisset, & teneri publico judicio legis Corneliæ de sicariis; neque enim privato judicio legis Aquiliæ locus est, ubi sibi quis damnum infert.

Major asperitas) Modica tantum castigatio dominis permittitur, *l.* 1. *C. de emend. serv.* adhibenda tamen etiam circa minores pœnas clementia; juxta illud in constitutionibus Clementis Romani, οὐκ ἐπιτάξεις δούλῳ σου, ἢ παιδίσκῃ, ἐν πικρίᾳ ψυχῆς. Grot. *ubi sup.*

Ædem sacram) Fana ethinicis pro asylis erant; Plaut. *Rudent. Act.* 2. *sc.* 7. *Virgines duæ Veneris fano sese adversus leonis vim tuentur.* Tac. 3. *annal. c.* 60. *Complebantur templa pessimis servitiorum &c.* Sublato Paganismo idem jus ἀσυλίας, templis Christianorum tributum; *tit. Cod. de his qui ad Eccl. confug. Nov.* 17. Hæc verba, *ad ædem sacram* non sunt apud Ulp. Rufini *tit.* 3. nec in *d. l. h. t.* nec Theophilus habet. VINN. Rufini Ulpianus, quod semel monendum, Vinnio est fragmentum Ulpiani apud pariatorem legum Mos. & Rom. tit. 3. §. 3. Sed Licinium Rufinum hujus collationis auctorem esse nondum constat. HEIN.

Statuam Principis) Statuæ quoque Principum his, qui ad eas confugissent, asyla fuerunt; *l. un. Cod. de his qui ad stat. princ.* Judæorum populo sex civitates constitutæ erant, quo tuto confugerent, qui ἀκουσίως sanguinem effudissent; *Num.* 35. 11. *Deut.* 19. *Jos.* 20. 2. & 3.

Bonis conditionibus) Justo pretio, ut in *leg.* 12. *ff. de relig.* Et ne dominus infensus duriores conditiones adjiciat; veluti ne manumittantur, ut tamquam fugitivi in vinculis habeantur, Th. & *l.* 25. *de stat. lib.*

Expedit Reip.) Hæc sententia est apud Sosipatrum. Potest quis etiam abuti re sua, *l.* 25. §. 11. *ff. de hær. pet.* Sed tamen providendum, ne privati fortunis suis abutendo noceant publico.

Dominorum interest) Alia ratio decidendi. Ne si servi nullum sibi contra dominorum sævitiam auxilium paratum esse sciant, aut manus sibi inferant, aut in perniciem domini aliquid moliantur.

Severius executurus) Pro qualitate scil. delicti extra ordinem in ipsum animadversurum. Nam certa pœna hic definita non est, Wes.

COMMENTARIUS.

1. *Etiam circa minores pœnas in servos oportere adhiberi æquitatem.*
2. *Sicariis, adulteris, raptoribus, & similium criminum reis, jus asyli dandum non esse.*
3. *Potestatem, quam dominus in re sua habet, lege civili posse restringi.*

REfert hic Justinianus ex Cajo & Ulpiano, *l.* 1. & *l.* 2. *hoc tit.* Antoninum Pium modum posuisse potestati dominicæ, qua plerique immoderate utebantur; quæ hujus potestatis moderatio ad jus naturæ, sive internam justitiam jus illud exterius retraxit.

Sine causa) Nam ex causa licet; puta si servum in facinore deprehenderit, in quo repertum etiam liberum occidere jus sit. VINN. Veluti si Dominus servum sibi insidiantem, vel in adulterio deprehenderit, *leg.* 53. §. 5. *de Leg.* 1. *l.* 96. *ff. de verb. sign.* junctio. §. 2. *Instit. de Lege Aquil.* & *l.* 24. *ff. ad L. Jul. de adulteriis.* HEIN.

Non minus puniri jubetur) Hoc est, publico judicio legis Corneliæ de sicariis non minus obnoxius est & reus homicidii, quam si alienum servum occidisset: nam lex Cornelia non distinguit, quis homo occisus sit, *l.* 2. §. 2. *ad l. Corn. de sic.* Utique privatum Aquiliæ judicium locum habere non potest, cum quis sibi damnum, non alii infert.

Major asperitas) Modica autem castigatio dominis permittitur, *l.* 1. *Cod. de emend. serv.* & tamen circa pœnas minores, puta verbera; in servos adhibenda est æquitas, imo & clementia. *In constitutionibus*, quæ Clementi Romano adscribitur, legimus, οὐκ ἐπιτάξεις δούλῳ σου, ἢ παιδίσκῃ, ἐν πικρίᾳ ψυχῆς. *Non opprimes servum, non dominaberis ei dure*, ait lex divina de servo Hebræo, *Deut.* 14. quod nunc prolata vi proximitatis ad omnes servos debet extendi. Et Apostolus ad *Eph.* 6. dominis imperat, *ne cum servis minaciter agant*, eo argumento, *quod & ipsi dominum in cælis habeant, qui ad talia qualitatum discrimina non attendat.* Sed & operæ cum modo exigendæ sunt, & valetudinis servorum humanæ habenda ratio, quod ipsum præter alia spectat lex divina in Sabbati institutione; nimirum ut laboribus aliquod daretur spiramentum. C. Plin. *l.* 5. *Epist.* 19. sic ad Paulinum scribit: *Video quam molliter tuos habeas, quo simplicius confitebor tibi, qua indulgentia meos tractem. Est mihi semper in animo Homericum illud*, πατὴρ δ' ὣς ἤπιος ἦεν, & hoc nostrum *paterfamilias*. In qua voce & Seneca veterum humanitatem observat: *Ne illud quidem vidistis*, inquit, *quam omnem invidiam majores nostri dominis, omnem contumeliam servis detraxerint. Dominum patremfamilias appellaverunt; servos familiares epist.* 47. plura hujusmodi habet Grot. *lib.* 3. *de jur. bel. & pac. cap.* 14.

Ad ædem sacram) Ad fana seu templa Deorum, quo confugientes aras & signa Deorum amplecti solebant, Plaut. *Mostel. ad Act.* 5. *scena* 1. & *Rudent. act.* 2. *scen.* 7. Virg. 2. *Æneid.* eodemque & obærati adversus creditores, suspectique criminum capitalium receptabantur. *Tacit.* 3. *annual. cap.* 60. & quia ab his locis neminem eripere fas erat; ideo ἄσυλα, dicta sunt. Sublato paganismo Imp. Christiani idem jus etiam templis Christianorum tribuerunt, *tit. C. de his qui ad Eccl. conf.* sed levioris tantum delicti suspectos recipi voluerunt, non sicarios, adulteros, raptores, aut similium criminum reos: neque τοῖς ἀδικοῦσι, ἀλλὰ τοῖς ἀδικουμένοις. jus asyli dari, *Nov.* 17. *cap.* 7. *Nov.* 37. convenienter legi Divinæ, quæ jubet homicidam ab altari abstrahi, atque iis solum ἄσυλα dari, qui ἀκουσίως sanguinem effuderint. *Exod. cap.* 21. *v.* 13. & *seq. Num.* 35. *v.* 6. & 11. *Jos. cap.* 20. *verf.* 2. & 3. Cui etiam convenit, quod Thucydides, lib. 7.

lib. 7. scribit, τὴν ἀκοὴν ἁμαρτημάτων κατὰ φυγὴν εἶναι ἔχειν. Jure autem canonico, remotis solis nocturnis populatoribus agrorum, & publicis latronibus, cæteri cujuscumque facinoris rei, immunitate ecclesiarum gaudent, *c. inter alia*, 7. *& c. fin. de immun. eccles.*

Ad statuam Principum) Statuæ etiam Principum, his qui ad eas confugissent, asyla fuere, *leg.* 1. §. 1. *de offic. præf. urb. l. un. Cod. de his qui ad stat. princ. conf.* quæ statuarum veneratio sane antiqua est. Meminit Livius *lib.* 23. *cap.* 10. statuæ Ptolomæi Regis apud Cyrenas, ad quam cum quidam Decius Magius Campanus, qui a Pœnis vinctus Carthaginem ducebatur, confugisset, manus hostium evaserit. Plura de statuis & imaginibus Principum vide apud *Brison.* 4. *antiq.* 11.

Cogantur servos suos) Apud Græcos quoque servis durius habitis licebat πρᾶσιν αἰτεῖν, ad venditionem proclamare; teste Plutarcho περὶ δεισιδαιμ., aut certa pecunia se redimere; ut ex Plauti Casina discimus, quæ Comœdia Attica est. Simile exemplum extat in *l. ult. si a patre quis man.* de patre, qui filium, quem contra pietatem male afficiebat, manumittere cogitur.

Bonis conditionibus) justo pretio: item ne gravis conditio venditionis a domino servis injuria apponatur; veluti ut ne manumittantur; ut Italia exportentur; ut in vinculis semper habeantur. Theophil.

Vendere) Homo rem suam vendere cogitur, *l. invitum* 14. *Cod. de contr. empt.* ac ne justo quidem pretio, *l.* 9. *de act. rer. am.* nisi id exigat utilitas publica, quæ hujus regulæ generalis est exceptio. Causæ impulsivæ variæ esse possunt; veluti ut tempore famis & annonæ caritatis cogantur divites & maximæ negotiatores frumentum atque alia edulia justo pretio vendere, *per l.* 1. §. *curæ*, 11. *de off. præf. urb. l. omnorum*, 6. *de extraord. crim.* In servis hic est justa deprecatio auxilii contra sævitiam dominorum. Est & favor libertatis, §. *ultim. infra de donat.* Sed & favore religionis idem receptum, ut in specie, *l.* 22. *in fin. de religios.*

Pretium dominis daretur.) Observandum etiam nunc, cum quis ex justa causa rem suam alienare cogitur, pretium ei reddendum esse.

Expedit enim Reipub. Est quidem unusquisque rei suæ moderator & arbiter, *l. in re mandata*, 21. *Cod mand.* in tantum ut etiam abuti possit, *l. sed etsi* 25. §. *consuluit*, 11. *de hær pet.* Cæterum interest Reipub. huic arbitrio modum a lege præscribi, ne privati fortunis suis abutendo, publico noceant. Accedit hic conditio personæ, quæ licet fortuna servus, homo tamen est, & jure naturæ dominio æqualis. Nimirum Reip. institutio id secum fert, ut dominium quoddam habeat superius singulorum domino ad necessitates, aut utilitates publicas; quod Grotius, *l.* 2. *de jur. bell. & pac. c.* 2. & *in flor. spars. ad leg. Barbarius*, 3. *de off. Præt.* appellat dominium eminens; & in hanc sententiam egregie disputat Plato, *lib.* 11. *de legib.* Hinc est, quod Princeps etiam de bonis subditorum disponere potest, dirigendo eorum usum ad publicam seu communem utilitatem. Qua de causa etiam persæpe potestas, quam quisque dominus in re sua habet, lege civili restringitur ac terminatur.

Nec quiquam hominum jus suum detrahi) Ratio dubitandi in hoc rescripto. Unde intelligimus, ne a Principe quidem posse cuique jus suum sine causa detrahi, de quo vid. Hotom. *Illust. quæst. cap.* 8.

Sed & dominorum interest) Alia dicendi ratio præter eam, quæ supra posita est, ad ipsos dominos pertinens ne videlicet servit, si nullum sibi contra sævitiam auxilium paratum esse sciant, aut aufugiant, aut manus sibi afferant, aut in perniciem dominorum aliquid machinetur. Cæterum ex iis, quæ supra disputavimus, abunde liquet, opus non esse, ut causa coercendæ dominicæ potestatis, summo gentium jure concessæ aliunde petatur quam ex eo, quod ratio naturalis fieri sinit, a qua longe abit absoluta illa & infinita potestas quam pleræque gentes & cum his Romani usurparunt.

TITULUS NONUS.

DE PATRIA POTESTATE.

Lib. 8. *Cod. Tit.* 47.

Continuatio & argumentum Tituli.

SEquitur pars altera divisionis initio superioris tituli traditæ, ad eos pertinens, qui sunt in potestate patria. Potestas hæc tribus modis constituitur; justis nuptiis; legitimatione; adoptione. Nuptiæ naturalem hujus potestatis causam continent; ideoque de hoc modo primo loco quæritur: doceturque hoc titulo, quid sint nuptiæ; cujus juris sit patria potestas; qui quos in potestate habeant. De effectis hujus potestatis, quod Justinianus omisit, nonnihil nos dicemus in exegesi, §. 2. *hoc tit.*

T E X T U S.

In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreamus.

N O T Æ.

In potestate nostra) Ex Ulpian. in *l.* 3. *ff. de his qui sui vel alieni juris sunt*.

Justis nuptiis) Nam ex injusta conjunctione nati in potestate patris non sunt. *l.* 23. *& seq. ff. de stat. hom.* §. *pen. infr. tit. seq.* Denique in hoc negotio is solus pater habetur, quem nuptiæ demonstrant; *l.* 5. *ff. de in jus voc.* In notis I. N. Q. *Justis nuptiis quæsitus*. Grot.

COMMENTARIUS.

EX *justis nuptiis*) Nam, ut nuper diximus, liberi ex injusto matrimonio nati in potestate patris non sunt, *l.* 1. *de stat. hom.* adeoque nec patrem jure civili habere intelliguntur, sicut nec vulgo concepti, §. *pen. seq. tit.* Lege quidem naturæ matris conditionem sequuntur, ut scribit Jurisconsultus in *l. jus. natur.* 24. *d. tit.* sed cum feminæ liberos in potestate non habeant, §. *femina*, 10. *inf. de adopt.* sequitur, eos nec in potestate avi materni esse.

T E X T U S.

Definitio nuptiarum.

1. *Nuptiæ autem sive matrimonium est viri & mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens.*

N O T Æ.

Nuptiæ) Sic dictæ a nubendo, quod olim novæ nuptæ

ptæ pudoris ergo caput nubere flammeo solebant. Fest. Nom. & alii.

Conjunctio) Consensu suscepta: nuptias enim non concubitus, sed consensus facit, *l.* 30. *de reg. jur. l.* 1. *ff. de cond. & dem.*

Individuum, &c.) Modestin. *l.* 1. *ff. dd. rit. nupt. consortium omnis vitæ*, quo significatur non tantum domestica societas, sed etiam indivisus & promiscuus rerum omnium inter conjuges usus, rerum & corporum communicatio. Duar. *cap.* 1. *de nupti*. Vera tamen inter conjuges non est bonorum societas.

Continens) Nempe voto & proposito contrahentium: nam eventus non semper respondet proposito.

COMMENTARIUS.

1. *Ad perficiendas nuptias præter legitimum contrahentium consensum nihil desiderari.*
2. *Non licet plures uxores eodem tempore habere.*
3. *Quo sensu nuptiæ dicantur individua consuetudo, & quæ gentes in ea perpetuo persliterint?*
4. *Quid vitæ consuetudine significetur?*
5. *De sponsalibus quædam notatu digna.*

NUptiæ sive matrimonium) Promiscue fere vocabula (*nuptiæ & matrimonium*) usurpatur. Sæpe tamen nuptias cum dicimus, intelligimus festivitatem & celebritatem nuptialis diei: *ut in l. pen. de donat. int. vir. & ux. l. sancimus*, 24. *C. de nupt.* sicut & apud Græcos γάμος accipitur, *Joann. cap.* 2. Illud translatitium est nuptias a *nubendo* dictas esse, eo quod olim novæ nuptæ pudoris ergo caput obnubere flammeo solebant; idque Festus, Nonius & alii complures notant. Seneca in *octavia*, de Poppæa Neroni nubente *v.* 701.

Velata summum flammeo tenui caput.

(1) *Conjunctio*) Hoc generis loco ponitur: & simul causam efficientem denotat, nempe consensum, qui ut rerum, ita & vitæ societatem efficit. Est quidem principalis matrimonii finis sobolis procreatio, quam sine corporum conjunctione habere non possumus; unde etiam inter eas personas, quæ ad eam rem inhabiles sunt, nuptiæ non consistunt, *l. si servus*, 39. §. 1. *de jur. dot.* sed ad vinculum matrimonii consensu stabilitum nihil adjicit, juxta tritum illud: *Nuptias, non concubitus, sed consensus facit*; *l. pen. de don. int. vir. & ux. lib.* 15. *de cond. & dem. l. nuptias* 30. *de reg. jur.* Sunt qui ad implendas nuptias jure Romano necessariam fuisse existimant solemnem illam deductionem mulieris in domum mariti, quæ veteribus usurpata fuit, aut nuptiarum festivitam, per *l.* 5. *de rit. nupt. l.* 15. *de cond. & dem. l.* 6. *C. de donat. ante nupt. l. sancimus* 24. *Cod. de nupt.* Sed verius est, neutrum eorum ut necessarium desiderari, ut intelligere licet ex responso Scævolæ *l. de don. int. vir. & ux.* & rescripto Theodosii *l. si donationem* 22. *Cod. de nupt.* nec admodum difficile est ad superiores locos respondere. Nam in *l.* 5. *de rit. nupt.* Jurisconsultus non docet, quomodo nuptiæ contrahantur, sed rationem ac formam tantum deductionis demonstrat. Quod autem Ulpian. in *l.* 15. *de cond. & demon.* ait, conditionem nuptiarum tunc impletam esse, cum uxor ducta est: & Justinian. *l. sancimus* 24. *Cod. de nupt.* conditionem nuptiarum non aliter impleri, quam si ipsa nuptiarum accedat festivitas; ex mente extraneorum sumptum est, qui cum nuptias alicujus futuras nominant, sed solemnitatem & celebritatem, nuptiarum cogitationem referre solent. Sed & in re ambigua hoc ritu consensus declaratur, & nuptiæ ex deductione, aut festivitate intelligitur perfectæ; quod tantum ostendere voluit Imp. in *d. l.* 6. *Cod. de donat. ante nupt.* Qui priscorum ritus in nuptiis adhiberi solitos nosse cupit, legat Brison. *lib. singul. de rer. nupt.* VINN. Consensus faciebat nuptias. Sed in manu non conveniebat Uxor, nisi adhibito solemni nuptiarum ritu, veluti confarreatione, coemptione, usu. Denique & domum deductione opus erat quoties non de voluntate ipsorum contrahentium, sed de explenda voluntate aut legislatoris, aut tertii cujusdam quærebatur, quales casus sunt in *l.* 5. *ff. de rit. nupt. l.* 15. *ff. de cond. & dem. l.* 24. *Cod. de nupt.* apud Paul. *Rec. sentent.* 11. 19. §. *pen.* necnon in *l.* 6. *C. Theod. de tiron.* ubi vide Jac. Gothofr. *in Comment. Tom.* 11. *pag.* 377. HEIN.

Viri & mulieris) Nam duorum ejusdem sexus conjunctio detestanda est, & lege Dei, lege naturæ, legibus omnium gentium damnata. Ait, mulieris, *unius*, ad excludendam polygamiam, id est, nuptias cum pluribus uxoribus eodem tempore contractas: nam successive plures uxores habere, aut quod idem est, matrimonio per mortem alterius soluto, aliam ducere, prohibitum non est: quod tamen & ipsum species est πολυγαμίας. Igitur apud Romanos vetitum fuit, plures uxores eodem tempore habere, quod & aliarum quoque gentium moribus improbatum fuisse ostendemus tit. *seq.* §. *affinitatis* 6. idque divinæ simul ac naturali legi conveniente: quia etsi non adversetur primis principiis, adversatur tamen conclusionibus juris naturalis: quod ergo *publicis*, sed firmis rationibus confirmabo. Legi divinæ primæque institutioni matrimonii contrariam esse polygamiam, evincitur primum ex loco *Matth.* 19. 8. Nam argumentum, quo ibi Christus utitur adversus divortium, *ab initio autem ita non fuit*, nullas vires habet, nisi hanc majorem præsupponat: Ita in matrimonio se res habere debet, quemadmodum in principio fuit. (2) Assume jam: Atqui initio duo tantum conjuncti fuerunt in carnem unam, *Genes.* 2. *sub. fin.* Ergo lege institutionis matrimonii duo tantum, id est, mas cum femina una conjugii debent. Eadem plane ratione & ex prima conjugii institutione licentiam polygamiæ damnat Malachias *cap.* 2. *vers.* 14. *& seqq.* ut bene ostendit collega noster D. Joann. Coccejus in *Judæa* Προφ. Præterea *Levit.* 18. 18. polygamia expresse prohibetur, quod Hebrææ linguæ peritissimi Junius & Tremellius firmissimis rationibus demonstrant, locum ex phrasi Hebræa ita vertentes: *Mulierem unam ad alteram ne assumito.* Tertio, cum cæremonialia præcepta in novo testamento abrogata fuerint, quæcumque Apostoli præcepta tradidere, moralia esse constat, tum in politia, tum in œconomia, & a singulis observanda: Atqui 1. *Corinth.* 7. 2. monogamia præcipitur iis, qui matrimonium expetunt: non potest enim, quod vult Apostolus, unaquæque mulier suum proprium virum habere, si communem cum aliis in polygamia habeat. Quod autem morale est, id a singulis observandum, & perpetui juris est; adeoque & in veteri Testamento obtinuit. Denique videmus primam institutionem conjugii sic exponi a Christo & Apostolo, ut duo solummodo in unam carnem coalescere censeantur, *Matth.* 9. 5. & 1. *Cor.* 6. 16 nec ante Lamechum Cainici generis hominem quemquam legimus

mus plures simul uxores duxisse; ex quo intelligimus polygamiam sicut & reliquas corruptelas paulatim irrepsisse. Quorsum enim alias hoc in Lameco expresse notasset Moyses, *Genes.* 4. v. 9. Sed & communis ratio polygamiam damnat, primum quia mutuum conjugum amorem, quem singulares nuptiæ fovent, dividit, deinde quia fidem violat, qua alter alteri sese perpetua consuetudinis vitæ obligatione tradit, & corpus suum mancipat: unde merito Christus pronuntiat eum mœchari, qui vinculo prioris matrimonii non soluto, aliam uxorem ducit. *Matth.* 19. 9. Cui convenit illa Tertull. 4. *advers. Marc. manente matrimonio nubere adulterium est.* Postremo & ratio societatis exigit, ut quemadmodum uxor uni viro, ita vicissim vir uni uxori obstringatur & adhæreat, ut disputat Grot. 1. *man.* 3. quamquam alio abit *l.* 2. *de jur. bell. cap.* 5. Quamobrem concludendum est non licere plures uxores eodem tempore habere. Patrum antiquorum autem exempla nobis favere nequeunt: quia illi vel ex revelatione & dispensatione divina in polygamiam consenserunt, vel, uti nuper dicebam, cum polygamia pugnet cum conclusionibus, non cum principiis juris naturæ, invaluit tunc licita consuetudo plures accipiendi uxores. Non enim ea, quæ contraria sunt mediatis conclusionibus ex principiis juris naturæ deductis obligant, nisi aliqua lege vel Divina, vel humana superveniente, quæ numquam aut revelatione aut alia via dispensata fuerit. Hujus autem dispensationis pro antiquis Patribus perspicuum argumentum adest *Deut.* 11. ubi quædam de Polygamis statuuntur, absque ullo prævaricationis & reprehensionis nævo. Alioquin egregie Apostolus adularetur Abrahæ, Jacob, & David, qui omnes pluribus uxoribus adhæsere, & tamen illos Sanctos evulgat.

(2) *Individuam*, Verbum hoc, *individuam*, duobus modis accipitur: uno modo pro eo, quod commune adhuc est atque indivisum, quo sensu individua hæreditas dicitur a Modestino *l. fin.* 22. §. *Lucius* 6. *de adm. tut.* & a Paulo individuum curæ officium: *l. Lucius* 46. §. 1. *eod.* Altero modo pro eo, quod dividi non potest; ut cum servitutes, obligationes, stipulationes individuas dicimus. Atque utraque significatio huic loco convenit: prima quidem simpliciter, ut ex iis, quæ mox dicemus, patebit; altera secundum quid, videlicet respectu aliarum conjunctionum & societatum, quæ facile dividi, hoc est, separari, & pro arbitrio unius dissolvi possumus. Neque enim nuptiis passim renunciare licet; adeoque Imperatores Christiani non nisi ex gravissimis causis divortia admittunt *leg.* 8. *Cod. de Repub. Nov.* 117. *cap.* 8. & 9. Dici etiam potest, conjugale vinculum ex proposito & voto contrahentium perpetuum atque individuum esse, licet ex accidenti aliquando contingat separatio, quod definitione considerandum non fuit. Quod si hæc res ad primam matrimonii institutionem, & ad eam, quam hic Deus sibi partem vindicat, exigatur, multo justius hæc conjunctio dicetur individua. Nam, ut Christus nos docet, initio conjugium sic a Deo institutum est, ut indissolubile esset. Et Deus interveniens personas conjungit. Quod autem Deus conjungit, homo separare non debet, *Matth.* 19. quo etiam loco, & *Matth.* 5. prohibentur omnia divortia, præterquam quæ ex causa aut æqualis atrociatis aut adulterii sunt. In illa autem, quam dixi, perpetua atque individua vitæ consuetudine Germanos perstitisse scribit Tacitus *de moribus Germ. c.* 2. Apud Romanos quoque a condita Urbe usque ad annum 520. nullum inter virum & uxorem divortium intercessisse, testes suntDionys. Halicar. *lib.* 2. Val. Max *lib.* 2. *cap.* 1. Gell. *lib.* 4. *cap.* 3. Primus Sp. Carvilius Romæ uxorem sterilitatis causa dimisit, ut iidem testantur. Procedente tempore divortia passim & sine ulla causæ redditione permissa, sed viris dumtaxat; ut arguit locus Plauti *in Mercat. act.* 4. *sc.* 6. Tandem etiam uxoribus, ut constat ex *tit. de divort. & repud.* Juvenalis *satyr.* 6. notat mulierem, quæ crebro divertendo, intra quinquennium octies viros permutaverat. VINN. Sed & hæc ipsa divortiorum licentia apud Romanos argumento est, in definitione hac *individuam vitæ consuetudinem* non opponi divortiis, sed separatæ œconomiæ conjugum. Eorum enim erat communes habere penates, communem thalamum: & hinc uxor domum ducenda. Eodem ergo sensu individua dicitur vitæ consuetudo inter Conjuges, quo amici dicuntur esse comites individui. Vid. Tacit. *Ann. l.* 6. *c.* 10. Et sic egregie hæc definitio congrui alteri Modestini *in lib.* 1. *ff. de ritu nuptiarum*. HEIN.

(4) *Individuam vitæ consuetudinem continens*) Adjunctum proprium, atque ex parte finis. His autem verbis existimo Justinianum significare non tantum domesticam societatem & conversationem, sed etiam rerum quamdam communionem & indivisum rerum omnium inter conjuges usum, in summa rerum & corporum communicatione, συμβίωσιν & συνουσίαν κοινήν. Atque hanc interpretationem adjuvat Modestinus *l.* 1. *de rit. nupt.* cum ait: *Nuptiæ sunt conjunctio maris & feminæ, consortium omnis vitæ, divini & humani juris communicatio.* Nulla enim res est, sive divini, sive humani juris, quam conjux cum conjuge non communicet, cujusque inter eos salva honestate conjugii promiscuus usus esse non debeat. Unde Gordianus Imp. uxorem dicit suscipi *sociam divinæ & humanæ domus*; *l.* 4. *Cod. de crim. exp. hær.* Quamquam fortasse Modestinus & Gordianus, cum ita loquuntur, alio respiciunt, nempe ad sacra Paganorum, quæ domi sibi quisque & familiæ suæ habebat, quorum uxor fiebat socia. Meminit horum sacrorum Cic. 2. *de legib.* Plaut. *in Captiv.* Plin. *in Paneg.* add. Duar. *in l. solut. matrim. de nupt.* Male nonnulli hæc definitionis verba referunt ad communionem bonorum: nam vera bonorum societas, qualis in his regionibus, inter virum & uxorem nulla est, neque jure civili, neque jure canonico. Peck. *de testamen. conj.* 3. *cap.* 1. Covarr. *de matr. p. p.* 2. *c.* 7. §. 1. Chassan. *ad consuetud. Burgund. rubr.* 4. *n.* 4. & 16. Novissime D. Lambert. Goris *advers. jur. tract.* 1. *cap.* 1.

(5.) Nuptias honestatis causa præcedere solent sponsalia, ita dicta a spondendo, quia moris fuit veteribus stipulari & spondere sibi uxores futuras: *l.* 2. *de sponsal.* Gell. *l.* 4. *c.* 4. unde etiam sponsi sponsæque appellatio nata est; *l.* 3. *eod.* Sunt autem sponsalia, ut Florentinus definit, mentio & promissio futurarum nuptiarum; *l.* 1. *eod.* Ait, *futurarum nuptiarum*; siquidem unum tantum genus est sponsaliorum, mutua scilicet promissio de futuris nuptiis: quamvis enim jus canonicum duo genera constituat, unum eorum, quæ de futuro appellant, alterum, quæ de præsenti, *cap. pen.* & *ult.* ⁊ *eod.* hanc tamen distinctionem Auctores juris civilis non agnoscunt, quibus sponsalia de præsenti sunt ipsum matrimonium jam mutuo consensu contractum; *l. nupt.* 30. *de reg. jur.* Sed neque juris canonici Interpp. per sponsalia de præsenti, quæ vocant, negant contrahi matrimonium; sed tantum respectu matrimonii per conjunctionem corporum consummati, hæc etiam spon-

salia ab iis dicuntur. Panor. *d. c. pen. num.* 2. Covar. *de sponf. p. 1. c. 1. n. 6. & in c. omnis res 4. c. cum initiatur 5. c. conjunges 6. conjug. 9. c. 27. qu.* 2. Sponsus & sponsa de præsenti vocantur vir & uxor, ita tamen post copulam hæc sponsalia de præsenti indissolubilia sint quacumque potestate quoad vinculum: si vero conjunctio corporum nondum intervenerit, dissolvi possint Religionis monasticæ professione, *cap. 2. & leg. de convers. consang.* Nostrates quoque uxorem a sponsa hoc solo distinguuntur, quod uxor post nuptialem benedictionem & conjunctionem thori dicatur uxor, antea appelletur sponsa. Sponsaliorum de futuro hic effectus erat jure canonum, quod in matrimonium transirent per subsequentem corporum commixtionem inter sponsum & sponsam, *cap. veniens 15. cap. is qui fidem 30. x de sponsal.* quamvis canones isti decreto Concilii Tridentini abrogati sunt, *sess. 24. c. 1. §. qui aliter de reform. matr.*

TEXTUS.

Qui habent in potestate.

2. Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.

NOTÆ.

1. *Proprium civium Rom.*) Lege Romuli primum introductum, repetitum postea & confirmatum a decemviris Dionys. Halic. *lib. 1. p. 96. seqq.* ————

Talem potestatem) Significat etiam alias gentes habere in liberos potestatem, sed dissimilem, nempe patria potestas indefinite considerata originem ex jure naturæ trahit. Plin. *in panegyr. Vis & lex naturæ semper in ditione parentum esse liberos jussit*; ut etiam Arist. 1. *polit.* 8.

Qualem nos) Immensam & plane δεσποτικὴν, quæ continebat jus vitæ & necis, vid. *Halic. ubi sup. l. 11. ff. lib. & posthum. l. ult. C. hoc tit.* Sigon. *l. 1. de jur. ant. civ. Rom.* 10. quam alii ut tyrannicam repudiant, teste Simpl. ad Epicteti *Enchirid. c.* 37. Simile patrium jus apud Persas ut tyrannicum accusat Arist. 8. *Nicomac. cap.* 12. Et procedente tempore etiam apud Romanos jura patriæ potestatis multum imminuta. VINN. Vel ideo recte negat Justinianus ullos alios homines talem in liberos habere potestatem, qualem habebant Romani, quia patria Potestas revera erat Quiritarium dominium. Unde liberi ratione patris non erant personæ; sed res mancipii, quæ venundari, mancipari, vindicari, immo & ob justam causam occidi poterant. Vid. celeb. Bynkershoek *de jur. oc. lib. cap.* 1. HEIN.

COMMENTARIUS.

1. *Quo sensu patria potestas dicatur propria civium Rom.*
2. *Jus patriæ potestatis par herili initio fuisse, sed sensim multis modis imminutum.*
3. *In his regionibus vetera patriæ potestatis jura ignorari.*

CErtum est, Justinianum hoc loco distinguere voluisse patriam potestatem a dominica, idque a causa efficiente. Nam §. 1. *præced. tit.* dominicam dixit esse juris gentium: hic patriam dicit esse propriam civium Rom. sive juris civilis. (1) Videamus, quam recte jura civilis esse dicuntur non solum quæ sunt juris mere positivi, sed etiam ea, quæ nupti juris sunt: & secundum quid tantum civilis: quatenus scilicet cum alioqui originem ex jure naturæ aut gentium habeant, lex civilis certam eis formam dedit, novisque qualitatibus induta civium ea propria fecit, exclusis ab eorum communione peregrinis: quod pluribus docemus, & exemplis declaramus, §. 1. *sup. de jure nat. gent.* Inter ea, quæ mixti juris sunt, numeranda est patria potestas, nam origo ejus non ex alio jure, quam ex quo matrimonium, quæ prima & antiquissima paterni imperii causa est; nimirum marito ut capiti familiæ naturæ lege atque ordine competit imperium in omnem familiam, in uxorem, in liberos, in servos: quamvis non eod. imperii genere omnibus imperet. Nam, ut recte & naturali ratione convenienter docet Arist. 1. *pol. cap. 1. & 8. Ethic.* 12. neque maritus uxorem, pater liberos servili imperio regere debet; sed uxorem πολιτικῶς, ut in Optimatum Republ. Magistratus cives suos: liberos autem βασιλικῶς, ut rex subditos: quos ut Rex amat, & ut ad eorum utilitatem omnia dirigit, ita & liberos ex se genitos amat pater, curam eorum gerit, iisque prodesse omnibus modis studet. Itaque patria potestas simpliciter & in genere considerata juris gentium est, adeoque dominica antiquior, & tanto antiquior, quanto matrimonium antiquius est bellis, & servitutibus. Vis & lex naturæ semper in ditione parentum esse liberos jussit, ait Plinius in *Paneg. Trajan.* At considerata in specie & definite secundum leges & mores Romanorum, civilis est: & hoc sensu recte opponitur potestati dominicæ, quæ meri est juris gentium; §. 1. *supr. præc. tit.* Ac tametsi Antoninus modum dominicæ potestati posuit, non ideo tamen ea facta est juris civilis sive civium Rom. propria, ut falso existimant Mynsi., Schneid. Wes. *vel.* §. 2. *præc. tit.* quippe cum & peregrini idem semper jus habuerint; sed res tantum revocata est ad rationem juris gentium primævi. Vid. quæ notamus sub *dict.* §. 1. & 2. Esse autem hanc etiam mentem Justiniani, verba hujus §. non obscure ostendunt. Nam hoc ipso quod ait, nullos alios homines, *talem potestatem in liberos habere, qualem cives Romani habent*, satis significat, etiam alios homines habere potestatem in liberos, quamvis talem fortassis nulli habeant. Utique qui formas vivendi Græciæ civitatibus condiderunt, certum voluerunt esse modum patriæ potestatis ac finem; ut nimirum patribus tantummodo liceret liberos modice castigare: qua via si nihil proficerent, ultimum erat, ut eos abdicarent; id est, nudos re omni domo expellerent: quæ abdicatio ἀποκήρυξις, dicebatur *l. 6. Cod. hoc tit.* Eam autem potestatem alii annis terminabant, alii matrimonio, nonnulli publica in viros adscriptione; teste Dion. Halic. *lib. 2. p.* 69. (2) At Romanorum in liberos potestas neque finem habuit, nec modum. Non finem, quia in omne vitæ filii tempus producta fuit, etiamsi summos honores gessisset, & laudem singularis erga Rempublic. studii consecutus esset. Non modum, quia immensa fuit & plane δεσποτική. Nam primum ex lege Romuli, repetita, postea & confirmata a Decemviris, filiusfamil. in patris sui manu, potestate mancipioque erat, habebatque pater jus in eum vitæ & necis, terque venundandi potestatem, in quo majus etiam jus patris, quam domini fuit, auctore eodem Dionys. *dict. lib. 2. sub. l. in suis 11. de lib. & post-*

& posthum. l. ult. C. de pat. pot. Quo tamen loco lapsus est in eo Constantinus, quod scribit, non licuisse patri filio eripere libertate: nisi sic eum excusari placeat, quod jus vendendi citius exoleverit quam vitæ & necis. Equidem plus hac in re tribuendum existimo testimonio accuratissimi antiquitatum Romanarum Scriptoris, qui Augusti temporibus floruit, quam Byzantini. Quod vero Ulp. *in l. 8. de his qui sui vel alien. jur.* scribit, jus potestatis moribus receptum esse; id tantum, ut ego existimo, verum est respectu quorumdam effectuum, qui moribus vel introducti sunt, ut substitutio pupillaris; *l. 2. de vul. & pup.* aut in imaginarios conversi; ut venumdandi potestas. Præterea quemadmodum servus domino, ita filius omnia acquirebat patri; ut scribit idem auctor *lib. 8.* Sed jus illud vitæ & necis, vendendi, alienandi, mancipandi potestas, utpote a ratione juris naturæ, atque a pietate, in qua patris imperium consistere debet, *l. 5. de leg. Pomp. de parricid.* nimis longe recedens, merito postea displicuit, permissumque duntaxat patri privatim filium castigare & corrigere; si vero quid tale filius admisisset, quod graviorem animadversionem desideraret, ad Magistratum rem deferri leges voluerunt; *l. 3. C. de pat. pot. l. un. C. de emend. prop. l. 2. ad leg. Corn. de sicar.* Ita paulatim asperi & duri Romanorum mores mitigari cœperunt Græcorum condimentis ut videtur: a quibus cum bonarum litterarum disciplinas accepissent, ad hanc sunt mansuetudinem morum facilitatemque revocati. Sed & jus acquirendi per filium multis modis imminutum est, de quo dicemus *inf. tit. per quas pers. cuiq. acq.* (3) Alia quoque pleraque patriæ potestatis effecta procedente tempore multum imminuta sunt, ut suis locis indicabimus. Nobis vero vetusta potestatis patriæ jura plane incognita sunt, ac propterea apud nos effecta ejus omnia cessant, testibus D. Grot. *1. manud. 6.* D. Gudelin. *lib. 1. de jure noviss. cap. 14.* Et sane non difficile est id per inductionem demonstrare. Singula singulis notabimus locis. VINN. Non lapsus videtur Constantinus M. *l. ult. C. de patr. pot.* dum negat *licuisse patri filio eripere libertatem*. Libertatem enim pro ingenuitate accipit: sensusque est, quamvis parentes in servitutem vendiderint liberos, non tamen iis ereptam esse ingenuitatem, si quidem manumissi non libertini fuerint facti, sed ingenui. Vide quæ supra notavimus ad §. 1. *Instit. de ingen.* Libertatem autem autem veteres sæpe pro ingenuitate dixisse vel ex *l. 4. ff. de just. & jure* apparet, ubi *tria genera hominum* referunt, *LIBERI*, *& his contrarium SERVI*, *& tertium genus LIBERTI*. HEIN.

T E X T U S.

Qui sunt in potestate.

3. *Qui igitur ex te & uxore tua nascitur, in tua potestate est. Item qui ex filio tuo & uxore ejus nascitur; id est nepos tuus & neptis, æque in tua sunt potestate; & pronepos & proneptis, & deinceps cæteri. Qui autem ex filia tua nascuntur, in potestate tua non sunt, sed in patris eorum.*

C O M M E N T A R I U S.

Qui ex filio tuo) *l. 4. de his qui sui vel al. jur.* Ratio perspicua est. Quia in familia avi paterni nascitur: omnes autem, qui sunt ejusdem familiæ, subjecti sunt familiæ principi, qui hic est filii pater: & qui est in potestate alterius, alium in sua potestate habere non potest; *l. si eveniet, 21. ad. l. Jul. de adult. & ita deinceps l. 5. ff. de his qui sui alien. jur.*

Qui autem ex filia tua) Nati ex filia mea, non in mea, sed in patris sui potestate & familia sunt, *l. cum legitimæ 19. de stat. hom. l. familiæ 196. §. 1. de ver. signif.* Unde quia mulier familiam suam non propagat, familiæ suæ finis dicitur, *leg. pronuntiatio 195. §. ult. d. tit.* At, inquis, cum nuptiis filiæfam. non solvatur jus patriæ potestatis, *§. 2. inf. de senat. Tertyll. l. 2. §. 1. quoties 29. sol. matr. l. 1. §. ult. de injur. cum similib.* cur non etiam is, qui ex filia mea nascitur, æque est in potestate mea, sed in potestate patris sui? Respondeo, id fieri & civili ratione, *d. l. cum legitimæ 19.* & naturali, sive potius jure gentium, argumento eorum, quæ ante diximus de jure, ejus qui caput est familiæ. Adeoque pater elocando filiam, hactenus juri suo cedere intelligitur, sicut & plerisque aliis in rebus alibi dicendi dabitur locus. Jure antiquo uxor, quæ in manum viri convenerat usu aut coemptione, in familiam & potestatem viri transibat: eratque ei filiæ loco, & jura suorum hæredum in familia nanciscebatur; matremque familias appellabant, cum aliæ uxores tantum essent, & matronæ dicerentur. Hoc igitur modo atque ritu, si filiafamilias nupta in manum viri convenisset, in totum solvebatur jure & potestate patris. Si quis est antiquitatis studiosior, is Hotom. adeat, quicquid ad accuratam hujus rei cognitionem pertinet, ex Cic. *in Topic. c. 3.* & Boet. *ibid.* Dionys. Halicarn. *lib. ant. 2. p. 9.* Gall. *lib. 18. cap. 6.* Ulp. *in fragm. tit. 9.* diligenter collegit.

TITULUS DECIMUS.

DE NUPTIIS.

D. Lib. 23. Tit. 2. C. L. 5. Tit. 4. Novell. 74.

Ratio ordinis Argumentum Tituli.

Etsi superiore Titulo de Nuptiis dici cœptum est, ut primo & præcipuo modo constituendæ patriæ potestatis; tamen cum ex iis, quæ ibi dicta sunt, nondum intelligamus quæ sint justæ nuptiæ, ex quibus nati demum sunt in potestate patris, ideo ejus rei tractatio hoc loco subjicitur, doceturque, ad justas nuptias quæ res exigantur, quæ personæ, & quibus matrimonio jungi non possunt, qua pœna afficiantur qui adversus præcepta legum coeunt. Ad extremum & alius constituendæ patriæ potestatis modus explicatur, quem *Legitimationem* nunc vulgo appellamus.

T E X T U S.

Qui possunt nuptias contrahere.

Justas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminæ autem viri potentes, sive patres familiarum sint, sive filii familiarum, dum tamen, si filii familiarum sint, consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt: nam hoc fieri debere, & civilis & naturalis ratio suadet in tantum, ut jussus parentis præcedere debeat. Unde quæsitum est: an furiosi filia nubere, aut furiosi filius uxorem ducere possit. Cumque su-

per-

per filio variabatur, nostra processit decisio, qua permissum est ad exemplum filiæ furiosi, filium quoque furiosi posse & sine patris interventu matrimonium sibi copulare, secundum datum ex nostra constitutione modum.

NOTÆ.

Feminæ viri potentes) *Maturæ viro* ὡραῖαι Theophilus εἰς γάμον δεκτικαί.) Feminæ post annos duodecim virum pati posse creduntur, *l.* 4. *ff. h. t. l.* 10. *C. de cond. & dem. l. pen. ff. quand. dies leg.* quippe qua ætate feminarum incipit purgatio, teste Macrob. *d. loco*. Cur in feminis citius vis generationis incipiat, quam in maribus, vid. Arist. 4. *de gen. anim. cap.* 6. Macrob. 7. *Saturn.* 7.

Consensum parentum) Nuptiæ consistere non possunt de hoc jure, nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt, *l.* 2. *ff. h. t. l.* 12. *Cod. eod.* consensum tamen non impedit obsequium reverentiæ paternæ debitum, *l.* 22. *ff. eod.* Apud nos vero parentum consensus, etsi honestatis, non tamen necessitatis est.

Et civilis) Scil. patria potestas, in filiosfamilias accedit, & hæc, ne cui invito suus hæres agnascatur, §. 7. *inf. tit. seq.*

Et naturalis) Reverentia & obsequium naturæ lege parentibus omnibus debitum, *l.* 2. *ff. de just. & jur.* quo tamen contempto nuptiæ non essent irritæ, nisi lex civilis adderet δεύτερον ἀναγκαστικόν. *l.* 11. *de stat. hom. l.* 21. *Cod. hoc tit.* quam tamen non attendunt Auctores Juris Canonici.

Præcedere) Jussus, id est, voluntas sive consensus parentis præcedere debet, *l.* 25. §. 4. *de acq. hæred.* ideoque non sufficit hic ratihabitio, Per *l.* 13. §. 6. *ad leg. Jul. de adult. l.* 11. *ff. de stat. hom. l.* 6. *Cod. hoc tit.* sufficit autem vel tacitus consensus præcedens, aut concomitans, *l.* 5. *Cod. eod. l.* 7. §. 1. *ff. de sponsal.* non enim velle debet pater, sed non nolle, id est, συναινεῖν. Sed vid. *infr. in comment. n.* 4. & *seqq.*

Ex nostra constitutione) Modus hic est, ut ex sententia creatoris ipsius furiosi, & nobiliorum totius familiæ, itemque magistratus aut Episcopi ipsius Civitatis, de nuptiis statuatur, *l.* 28. *C. de episc. aud. l.* 25. *C. h. tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Quid in hoc argumento vocabulum* justas *significet?*
2. *De ætate coeuntium.*
3. *De eorum consensu.*
4. *De consensu parentum adhibendo.*
5. *Et quid de Jure Canonico?*
6. *Ratihabitio patris an efficiat, ut retro nuptiæ absque consensu ejus contractæ legitimæ fiant.*

(1) JUstas) Justi variæ sunt pro adjuncto significationes. Hoc loco justum idem significat, quod τὸ νόμιμον, legitimum: & justæ dicuntur nuptiæ, quæ secundum jura civitatis Romanæ inter puberes cives contrahuntur; eodem sensu, quo justum matrimonium in *l. un. unde vir. & uxor. l. de his quib. ut indign.* Sic justi liberi dicuntur legitimi, ad differentiam naturalium duntaxat & vulgo quæsitorum, *l.* 5. *pen. l.* 12. *de stat. hom.* justus pater ad differentiam naturalis, *l. lege Julia* 44. §. 44. *hoc tit.* justa uxor, *l. si senatori* 31. *senatori* 31. *eod.* quæ legitima *in l.* 4. *eod.* in genere autem justæ nuptiæ habendæ, quæ secundum cujusque populi instituta contrahuntur.

Cives Romani) Igitur cum servis, Latinis, peregrinis, deportatis, connubium non est, Ulpian. *frag. tit.* 5. §. 4. *l.* 3. *de inc. nupt.* Cic. *in Top.* Atque hinc responsum est, si quis rogatus hæreditatem restituere sine liberis decessisset, isque deportatus in insula liberos sustulisset, conditionem non defecisse; *l. ex facto* 17. §. *ex facto* 5. *ad Sen. Trib.*

(2) *Masculi quidem puberes*) Romani ea demum ætate civibus suis matrimonia permiserunt, quæ natura apta esse creditur ad generandum, maribus post annum decimum quartum, quo tempore ipsa ætatem necessitate pubescere, & vim generationis moveri incipere, scribit Macrob. *in somn. Scipion. l.* 1. *c.* 6. & Arist. 7. *pol.* 16. exurgere τὸ σπέρμα ἐν ἄρρεσι, feminis autem biennio maturius, quia post annum duodecimum virum pati posse creduntur, *l.* 4. *h. t. l.* 10. *de cond. & demonstr.* cujus diversitatis si quis rationem quærat, adeat Arist. 4. *de gen. anim. c.* 6. Macrob. 7. *Saturn.* 7. Ab hac autem determinatione legitimæ & matrimonio contrahendo idoneæ ætatis longe recedit Plato, *quia &* 6. *de legib.* tricesimum annum masculis præscribit; longius etiam Aristot. 7. *polit.* 16. qui eos demum conjungi vult circa ann. 36. feminas autem anno 18. Juris Pontificii Auctores pubertatem metiuntur ex potentia coeundi, non ex numero annorum; *c.* 3. §. *fin. de despon. impub.* qui tamen hodie generali consuetudine sequuntur definitionem *juris* civilis, quæ etsi non in omnes, in plerisque tamen quadrat, & Medicorum etiam ac Physicorum auctoritate fulcitur. Raro tamen hac ætate apud nos præsertim masculi matrimonio junguntur. In sponsalibus ætas definita non est: quapropter & a primordio ætatis sponsalia effici possunt, modo utraque persona sit infante major, *l. in spons.* 14. *de spons.* a quibus tamen facti puberes libere recedere possunt; *c.* 7. & 8. *de spons. impub.* VINN. Solebant & impuberes Romani uxores ducere nondum viri potentes. Exempla extant apud Gruter. *Inscr. pag.*788. 8. *pag.* 815. 3. *pag.* 824. 1. Tunc vero nuptiæ hujusmodi non rescindebantur, sed tamen non prius justæ erant, quam conjunges justam ætatem attigissent. Hinc nec antea dos peti poterat, *l.* 65. *ff. de jur. dot.* nec repudiatæ dabatur actio rei uxoriæ, *l.* 17. §. 1. *ff. de reb. auct. jud. poss. l.* 74. *de jur. dot.* nec ea poterat legatum sub conditione nuptiarum exigere, *l.* 10. *pr. ff. de cond. & dem.* Sponsa ergo loco erat immatura, domum ducta, modo Sponsalia præcessissent, *l.* 32. §. 27. *ff. de don. int. vir. & uxor. junct. l.* 9. *de spons.* Legitima vero uxor tunc fiebat, quum apud virum explesset duodecim annos, *l.* 4. *ff. de rit. nupt.* HEIN.

(3) *Consensum habeant parentum, quorum in potestate*) Jure civili in nuptiis requiritur consensus tum eorum qui coeunt, tum parentum, si quos habent, quarum sunt in potestate; *l.* 2. *hoc tit.* quod etiam in sponsalibus observatur; *l.* 7. *l.* 11. *cum seqq. de spons.* Primum nuptiæ sine consensu coeuntium non consistunt, sicut nec alius ullus contractus sine consensu intelligi potest; *l.* 1. §. *de pact.* Quid ergo si error intervenit? Distinguendum est: nam si talis sit error, qui consensum impedit, puta si quis erret in persona, putans Titiam esse, cum qua contrahit, cum sit Sempronia; hic error matrimonium vitiat, *arg. l. si per errorem* 15. *de jurisd. l.* 9. *de contr. empt.* Nam quod Jacobus Liam pro Rachele suppositam retinuit, in eo non est usus summo jure; *cap. quod autem cap.* 29. *qu.* 1. Lombard. 4. *dist.* 30. Idem dicendum est, si erretur circa qualitatem essentialem, veluti potentiam generandi, aut necessitudinem, puta si igno-

si ignorabatur esse amita aut soror, cum qua contractum est. Et si circa accidentalia tantum erratum sit, verbi causa, si pauper est, quae dives dicebatur, si captiosa, quae morigera, si plebeja, quae nobilis credebatur, &c. quoniam haec vel adesse, vel abesse possunt salvo matrimonio, & hic in re ipsa justus consensus est, ratum erit matrimonium, *d. cap. quod autem in fin.* Covarruv. *de matrim. p. 2. cap. 4. §. 6. num. 2.* Illud autem, quod Innocentius III. respondit, *cap. tua nos 26. de sponsal.* si quis ut honestam mulierem ad turpia pelliceret, falsum nomen ementitus eam his verbis desponset, *Joannes te sponsat*: & mulier hoc dolo imprudens illecta cum in illum tamquam sponsum consensisset, ei copiam sui fecit, si ille testetur numquam sibi animum fuisse illam ducendi, ista vero petat fidem sibi datam praestari; non debere ex eo facto conjugium judicari, &c. non procedit in foro externo, in quo respondetur pro matrimonio: quia Ecclesia non judicat de occultis. Covarr. *de matr. p. 2. c. 2. n. 5.* Sanchez *tract. de matrim. lib. 1. disp. 9. & seqq.*

Consensus in hoc contractu etiam plane liber esse debet; *l. non cogitur 21. hoc tit. l. Titia 134. de verb. oblig. l. nec filium 12. l. neque 14. C. hoc tit.* Ideoque matrimonium per vim aut justum metum initum, ipso quoque jure nullum est; *d. l. 14. cap. significavit 2. x, de eo qui dux. in matr. c. 14. & seq. x de sponsal.* Covarr. *d. par. 2. c. 3. n. 5.* Alb. Gentil. *de nupt.* Christin. *vol. 1. decis. 335.* Plane metus reverentialis sive obsequium reverentiae paternae debitum, a quo absunt verbera, vincula, minae, matrimonium non impedit, uti nec consensum *l. si patre 12. hoc tit. l. 7. l. 12. de spons.* Covarr. *de cap. 3. §. 6. n.* Albert. Gentil. *d. lib. 3. cap. 11.* quod tamen alii examinant. (4) Qui in potestate parentis est, etiam illius consensum adhibere debet, *hoc textu, & leg. 2. eodem.* Sed & nepos quamvis in avi tantum potestate sit, patris tamen consensum adhibere debet; *l. 16. §. 1. eod.* eadem scilicet ratione, qua consensus filii requiritur, si pater quasi eo nepotem adoptare velit, neque ne invito filius suus haeres agnoscatur; *§. sed si quis 7. tit. seq.* quae ratio cum in nepte nubente cesset, cessat etiam decisio *dict. l. 16. §. 1.* Casus, qui proponitur in *l. 3. eod.* specialis est. Quid ergo, si oblata liberis honesta conditione, pater dissentiat, aut sine causa prohibeat filium uxorem ducere, filiamve nubere, aut dotem dare nolit? Hic Magistratus aditus partes suas interponet, patremque causa cognita coget in matrimonium consentire, & dotem dare; *l. c. 9. h. tit.* Ait diserte, *quorum in potestate*. Unde intelligimus, nec matris consensum in liberorum nuptiis necessarium esse, nec patris in emancipatorum. Et de filio quidem emancipato hoc expresse scriptum est in *l. filius 25. hoc tit.* In filia vero emancipata id secus videri potest per *l. vidua 18. l. in conjunctione 20. C. eodem* An dicemus excipi filiam emancipatam minorem 25. annis ob sexus & aetatis verecundiam? An, ut plerique, honestatis tantum causa praecipi, ut ea patris consensum expectet, sed id non esse necessarium? Sane & matris, & propinquorum, & curatorum judicium adhibere patre orbata iisdem constitutionibus jubetur, quorum tamen auctoritas in copulandis nuptiis necessaria non est; *l. 8. C. eod.* Sic sentio. Jus antiquitus fuit, ut pater filiam, quam in potestate habebat, pro arbitrio & cui liberet, despondere posset; cujus rei exempla nonnulla apud Comicos & Historicos habemus. Neque filiae a patre dissentiendi licentia dabatur, nisi indignis moribus aut turpem sponsum ei pater elegisset, *l. 12. §. 1. de sponsal.* Emancipatam autem filiam patrem suo arbitrio nec despondere, nec elocare potuisse, adeoque nuptias, quas illa propria auctoritate contraxisset, non fuisse injustas, arguunt textus omnes, qui ejus tantum consensum requirunt, cujus in potestate sit, quae nubit, aut qui uxorem ducit. Hoc autem jus in filia emancipata minore 25. annis ita postea mutatum & imminutum est, ut tam illa patris, quam pater illius voluntatem explorare debeat; *dict. l. 20. Cod. hoc tit.* ita tamen ut si filia patris sententiae repugnet, filiae potius, quam patris voluntatem judex sequi teneatur, *d. l. 18. Cod. eod.* Ex quo loco utique hoc colligitur, arbitrium emancipatae non fuisse plane liberum. VINN. Videantur quae Pontifex in *c. tua nos 26. x de sponf.* & Aug. Barbosa *ad idem cap.* & Layman. *Theolog. Moral. l. 5. tr. 10. par. 1. c. 1. n. 11.* hanc decisionem explodunt. HEINN.

Et civilis naturalis ratio) Suadet id ratio naturalis; nam proculdubio contra officium filius facit, & graviter peccat, qui sine consensu parentis nuptias contrahit: civilis autem ratio, ne patri invito suus haeres agnoscatur. (5) Synodus tamen Tridentina anathemate damnavit eos, qui censet, nuptias a filiisfam. sine consensu parentum contractas irritas esse, aut parentes eas ratas irritasve facere posse, dummodo coram proprio Parocho & duobus aut tribus saltem testibus celebratae fuerint, ut latius declaratur ibidem. Quidquid antiquiores Canones hac de re statuerint, *c. aliter, c. nostrates, cap. 30. qu. 5. c. non omnis, c. honorantur, c. mulier, cap. fin. c. 32. qu. v.* Cujac. *ad rubr. de sponsal.* Duar. *cap. 2. de nupt. ad tit. solut. matrim.* Coras. *1. misc. 17.* quamquam aliud visum Covarr. *de matrim. p. 2. cap. 3. §. 8.* Tulden. *comm. hoc tit. c. 5.* Perez. *ad tit. cap. de nupt. num. 15.* qui cum *Gloss. in cap. sufficiat 47. qu. 2* & alii contendunt, non nisi honestatis gratia jure Pontificio consensum paternum desiderari, liberosque conscientiae vinculo duntaxat obstrictos ad parentum consensum adhibendum: quod hodie certum est ex Trident. *sess. 24. c. 1. de ref. matr.*

(6) *Ut jussus parentis praecedere debeat*) Jussus, id est consensus aut potius assensus parentis in nuptiis filiarumf. adeo necessarius est, ut etiam praecedere debeat, neque ratihabitiones patris retro legitimae fiant; nimirum cum ratihabitio in iis tantum locum habeat, quae non statim ipso jure nullae sunt, sed aliquo modo consistunt aut pendent: Dec. *ad l. semper 60. de jur. n. 16.* non potest ea nuptias filii sine consensu patris contractas legitimas retro efficere, sed ex eo demum tempore justae intelligitur, ex quo eas ratas habuit pater; per *l. 11. de stat. hom. l. eos qui 65. §. 1. hoc til. l. 33. §. si quis 6. ad leg. Jul. de adult. l. 6. Cod. hoc tit.* Nec obstat, quod liberi ex concubina suscepti, matrimonio cum ea postea contracto, legitimi fiant; *§. ult. eod.* Nam veteribus omnis legitimatio incognita fuit, & quod de natis ex concubinatu, consortio jure civili permisso, postea constitutum est, non debet extendi ad eos, qui nati sunt ex conjunctione vetita, & pro stupro habita. Quid ergo est, quod Justin. *in leg. ult. Cod. ad SC. Mac.* praecipit, ut omnis ratihabitio retro operetur? Nempe Imp. illic non tam causas, in quibus locum habeat ratihabitio, quam naturam atque effectum ejus designat. Hodie tamen de hoc quidem jure dicendum videtur, patris consensum postea accedentem etiam retro operari; cum nunc concubinatus nullam prae alia illa conjunctione praerogativam habeat; & aeque improbatus sit. Et hoc usu apud non nos servari asserunt, qui

rem

rem forensem tractant. Enimvero non præcise requirimus, ut pater expresse consentiat, sed ut ne contradicat, aut dissentiat: gnarus eorum, quæ aguntur, *l.* 7. §. 1. *de sponsal. l.* 5. *Cod. hoc tit.* sicut e contrario & liberi jure civili consensisse intelliguntur, qui non evidenter dissentiunt; *leg.* 12. *de sponsal. lege si patre*, 22. *hoc tit.* Itaque jussus hic tantum opponitur ratihabitioni. VINN. Quæ Vinnius hic cum Bachovio contra ratihabitionem disputat, non adeo firmo stare videntur talo. Nam primo quod negat ratihabitioni locum esse, in iis quæ ipso jure nulla sunt, id falsum videtur. Donatio enim inter virum & uxorem est ipso jure nulla *lib.* 3. §. 9. *ff. de don. inter vir. & uxor.* ratihabitione tamen convalescit, *l.* 25. *Cod. eod.* quemadmodum & testamentum, in quo filius præteritus, validum judicatur, si filius in illa voluntate adquiescat, *l.* 17. *de injust. rupt. irrit. Lex* 11. *ff. de stat. hom.* non agit de ratihabitione, sed de statu prolis ignaro avo conceptæ. In l. 65. *ff. de rit. nupt.* non magis matrimonium, ob defectum consensus invalidum est, sed ob prohibitionem legis, quæ inter eum qui in provincia officium gerit, & mulierem provincialem stare non patitur matrimonium. Ergo nec ratihabitio ibi quidquam operatur, secus ac in matrimonio nondum consentiente patre contracto, ubi ratihabitio consensum retrotrahit. Quod etiam de reliquis legibus a Vinnio allegatis observandum. Denique a legitimatione recte eatenus ducitur argumentum, quod quemadmodum liberi ante nuptias nati, his subsequentibus ideo legitimi habentur, quia defectus prioris supplementum retrotrahitur ac si matrimonium semper fuisset, ita & post ratihabitionem patris liberi nati fiant legitimi, quia ratihabitio semper ad principium cujusque actus retrotrahitur, *l.* 16. §. §. 1 *de pign.* Unde & exspirat monstrum illud, quod fingit Wesemb. *ad leg.* 5. *Cod. de nupt.* spuriorum ex justis nuptiis. Cum apparatu hæc Vinnii argumenta refellit, contrariamque sententiam probavit B. Huber. *Præl. ad Inst. hoc tit.* §. 10. *& ad ff. eod.* §. 5. HEIN.

TEXTUS.

Quæ uxores duci possunt vel non? De cognatis, ac primum de parentibus & liberis.

1. *Ergo non omnes nobis uxores ducere licet: nam a quarumdam nuptiis abstinendum est; inter eas enim personas, quæ parentum liberorumve locum inter se obtinent, contrahi nuptiæ non possunt; veluti inter patrem & filiam, vel avum & neptem, vel matrem & filium vel aviam & nepotem, & usque in infinitum. Et si tales personæ inter se coierint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et hæc adeo vera sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse cœperint, non possint inter se matrimonio jungi in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem juris maneat. Itaque eam, quæ tibi per adoptionem filia vel neptis esse cœperint, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.*

NOTÆ.

Inter patrem & filiam) Intellige parentes, & liberos etiam naturales tantum. Nam in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inspiciendus est: contra pudorem autem est filiam uxorem ducere; *l.* 14. §. 2. *ff. hoc tit.*

In infinitum) E ita cape *vers.* 6. & 8. *cap.* 18. *Levit.*

Nefarias atque incestas) in summo scilicet gradu. Nam in his tanta est turpitudo & fœditas, ut natura omnis a tali conjunctione abhorreat. Et hoc est incestum, quod jure gentium committi scribit Paul. *leg. ult. ff. hoc titul.* nec eo minus jus, quia a Persis contemptum, ut recte Xenophont. 4. *memorab.* adde Philon. in *decal. lib.* 1. Ceterum & aliæ nuptiæ, quæ ratione cognationis aut affinitatis prohibentur, incestæ dicuntur; *l.* 89. §. 1. *l.* 95. *ff. hoc tit. l.* 5. *de quæst. leg. ult. c. de incest. nupt.* De nomine hoc vide Non Isidor. Fest.

COMMENTARIUS.

1. *Genera cognationis exposita, ubi & de spirituali.*
2. *Parentum cum liberis conjugia incestuosa esse in summo gradu.*
3. *Ne dissoluta quidem adoptione filiam adoptivam ducere licere, & quare?*

Ex iis, quæ hactenus dicta sunt, intelligimus, quatuor hæc concurrere debere, ut justæ habeantur nuptiæ; ut qui contrahunt sint cives Romani, quales apud nos omnes habentur: ut sint puberes: ut consentiant: ut si sint filiifamil. consensum adhibeant parentum, quorum in potestate sunt; juxta ea quæ dicta sunt supra ex decret. Concilii Trident. in locis ubi receptum est. Quibus & quintum addi potest ex jure Pontificio & pia consuetudine: solemnis illa post trinam promulgationem in Ecclesia nuptiarum benedictio. Hæc, inquam, si intervenerint, nuptiæ justæ esse censentur; si modo inter eas personas contractæ sint, inter quas nuptiæ consistere possunt. Nam etiam quædam personæ jure prohibentur inter se nuptias contrahere. Ut autem prohibeantur, fere fit ob turpitudinem conjunctionis, quæ turpitudo vel est a cognatione contrahentium, vel ab affinitate. (1) Cognatio triplex est: mere naturalis; mere civilis: & mixta. Naturalis tantum est, quæ illegitimo coitu contrahitur; civilis duntaxat, quæ per adoptionem constituitur: mixta est inter eos, qui ex justo matrimonio procreati sunt, utroque videlicet jure concurrente, *l.* 4. §. 2. *de grad. & affin.* Speciem cognationis, quam Auctores juris Pontificii spiritualem vocant, & esse volunt inter susceptorem & susceptam ex sacro Baptismate, *c. de cognat. spirit.* Covarr. *de matrim.* p. 2. c. 6. §. 4. quam etiam probat Justinianus *l. si quis* 26. *circa fin. C. hoc. t.* Pontifices Romani in sua, & Græci in Orientali Ecclesia extenderunt usque ad septimum gradum, quasi major esset cognatio spiritualis necessitudine carnali, juxta dictum Synodi in Trullo. Extat de ea re *lib.* 4. *decr. t.* 11. *& lib.* 3. *jur. orient.* idem *caus.* 30. per aliquot quæstiones. In Concilio autem Tridentino, cum varie de hac prohibitione esset disceptatum & multi eam penitus tollendam censerent, placuit, impedimentum spiritualis necessitudinis restringi ad eam cognationem, quæ est inter susceptorem & susceptam, ejusque patrem & matrem; *decr. de reform. c.* 2. *sess.* 24. VINN. Spiritualis illa cognatio ex mente Canonistarum non modo ex baptismo nascitur, verum etiam ex confirmatione *c.* 1. *fin. de Cogn. spirit. in* 6. immo & ex Catechismo, quamvis eam cognationem non tam contractum quam contrahendum matrimonium impedire exi-

existimant, *c. 2. eod. n. 6.* Porro hanc cognationem spiritualem in *paternitatem*, quae inter baptizantem, & baptizatum, susceptorem & patrinum est; *compaternitatem*, quae inter parentes baptizati & baptizantem vel susceptorem intercedit; denique in *fraternitatem*, qualem inter baptizatum & liberos baptizantis, nec non susceptorem contractam fingunt, dividere solent. Azpilcuet. *Tom. 3. c. 22. n. 36.* & Vir summus Cujac. *ad rubr. X. de consang. & affin.* HEIN.

(2) *Parentum liberorumve locum*) *l. nemini 17. C. hoc tit.* Commodius dixisset, *inter parentes & liberos*; nam & patrui & avunculi etiam parentum locum obtinent, *l. sororis 2 8 oc t.* Theoph. Ἐπὶ τῶν ἀδελφῶν ἢ κατ' ἴσον

Nefarias atque incestas) In summo scilicet gradu. Nam in his tanta est turpitudo & foeditas, ut natura omnes a tali conjunctione abhorreant, & sua ipsorum conscientia redarguantur necesse sit, qui haec naturae jura violant: adeoque execrabiles habeantur, qui vel per ignorantiam haec committunt. Hinc illae OEdipodarum calamitates, quibus plenae tragoediae, & illae fictae apud inferos poenae; Homer. 11. *Odiss.*

> Μητέρα δ' Οἰδιπόδαο ἴδον καλὴν Ἐπικάστην.

Hinc Nero magis ob incestum quam ob reliqua facinora detestabilis. De Parthis sic Lucanus.

> —— *Cui fas implere parentem,*
> *Quid rear esse nefas?*

Adde Philonem Jud. in *decal. lib. 1.* Caeterum & aliae nuptiae, quae ratione cognationis aut affinitatis prohibentur, incestae, hoc est, incastae & pollutae (Isidoro *lib. 5. c. 26.* credimus) dicuntur; *d. l. sororis 29. §. 1. l. etiamsi 26. eod. tit. C. de incest. nupt.* An autem & illae naturae legi & honestati similiter repugnent, postea disputabimus. Earum certe, de quibus nunc agimus, naturalis prohibitio est. Quippe insita est in ipsis affectibus fuga quaedam commixtionis cum parentibus & ex se natis; a qua etiam quaedam animantia muta naturaliter abhorrere, a nonnullis proditum est. Seneca *Hippol. act. 3. v. 913.*

> *Ferae quoque ipsae Veneris evitant nefas,*
> *Generisque leges inscius servat pudor.*

Afferunt & alia prohibitionis, eaque non parvi ponderis ratio, confusio communis cognationum normae: quae & ipsa naturae legi atque ordini vehementer repugnat, & necessario consequitur istam sanguinis inter parentes & liberos commixtionem. Horresco ad illud Oedipi apud Senecam *Thebaid. act. 1. v. 134*

> *Avi gener, patrisque rivalis sui.*
> *Frater suorum liberorum, & fratrum parens*
> *Uno avia partu liberos peperit viro*
> *Ac sibi nepotes. Monstra quis tanta explicet?*

Item ad illa Thyestis in *Agamem. act. 1. v. 34.*

> *Versa natura est retro,*
> *Avo parentem, (proh nefas) patri virum,*
> *Natis nepotes miscui, nocti diem.*

(3) *Quamvis per adoptionem*) Respectu quoque cognationis mere civilis inter parentes & liberos nuptiae prohibentur, nefasque esse existimatur, eam uxorem ducere, quae per adoptionem filia neptisve esse coeperit: in tantum, ut etsi per emancipationem adoptio dissoluta sit, idem juris maneat; *l. quin etiam 55. hoc t.* Nec id mirum videri debet, quamvis omnia adoptionis jura per emancipationem solvantur, *l. in omni 13. de adopt.* Nam in nuptiis semper etiam pudoris & reverentiae ratio habetur, *l. adoptivus 14. §. 2. hoc tit.* Patris autem persona tam sancta & reverenda filiae esse debet, ut ad impediendas nuptias sufficiat aliquando patrem fuisse. Eadem fere ratione nec matrem patris adoptivi uxorem ducere possum; nempe non propter civilem aliquam necessitudinem, quae nulla inter nos est. *leg. quis in adoptionem 23. de adoption.* sed propter reverentiam, quam matri patris adoptivi propter patrem debeo, quamdiu in familia ejus sum, & tetrum esset, me patris mei, licet adoptivi, fieri vitricum. Plane si per emancipationem soluta fuerit adoptio, nihil impedimento est, quominus eam uxorem ducere liceat; quoniam illa numquam mihi aviae loco fuit, sed extranea semper, *d. l. 23. de adopt.* junct. *d. l. 55. hoc til.* At enim, inquies, *d.* adoptivi uxor matris loco est *d. leg. 23.* eam nec patris tamen ducere non licet, ne quidem post emancipationem *d. l. 14. pr. hoc tit.* Sed nimirum sufficiat eam aliquando novercae loco fuisse; *d. l. 14.*

TEXTUS X.

De fratribus, & sororibus.

2. *Inter eas quoque personas, quae ex transverso gradu cognationis junguntur, est quaedam similis observatio, sed non tanta. Sane enim inter fratrem sororemque nuptiae prohibitae sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ab altero eorum. Sed si qua per adoptionem soror tibi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio; sane inter te & eam nuptiae consistere non possunt; cum vero per emancipationem adoptio sit dissoluta, poteris eam uxorem ducere: sed & si tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptiis. Et ideo constat, si quis generum adoptare velit, debere eum antea filiam suam emancipare; & si quis velit nurum adoptare, debere eum antea filium suum emancipare.*

NOTÆ.

2. *Sive ab altero eorum*) Convenit *d. c. 18. Lev. 9. 11.* Athenis tamen consanguineam ducere licebat, id est, sororem ὁμοπατρίαν, non autem ὁμομητρίαν. Fabrot. ex *Philone*. Sed nec vulgo quaesitam sororem ducere licet, *lege 54. ff. hoc tit.*

Quamdiu constat adoptio) Ex Cajo *leg. 17. ff. hoc t.* Paulus apud *Ruffin. Adoptiva cognatio impedit nuptias inter parentes & liberos omnimodo, inter fratres eatenus, quatenus capitis minutio non intervenit.*

COMMENTARIUS.

1 *Ostenditur firmis rationibus, legem divinam de non ducendis sororibus moralem esse & perpetui juris.*

EX *transverso gradu*) Linea, in qua gradus cognationis ponuntur, vel directa est & perpendicularis, vel transversa. Directa est, vel ascendens, in qua sunt parentes; vel descendens, in qua sunt liberi. Transversa

ſa eos complectitur, qui ex latere veniunt; eſtque vel æqualis, eorum videlicet, qui pari gradu diſtant a communi parente, ut fratres & ſorores, conſobrini, patrueles: vel inæqualis, cum alter altero a communi parente eſt remotior; ut patruus, avunculus, & fratris & ſororis filii, & filiæ. In linea directa, ut jam dictum eſt, prohibitio eſt infinita: in tranſverſa non item, quo nunc ſe confert Imperator.

Inter fratrem & ſororem) In linea tranſverſa æquali unus tantum gradus jure civili prohibitionem habet, nimirum fratrum & ſororum nuptiæ; *leg. nemini* 17. *C. hoc tit.* quas etiam a Deo interdictas non uno loco reperimus; *Levit.* 18. 9. & 20. 17. *Deut.* 27. 20. Quid ergo? an hæc interdictio ſive lex de non ducendis ſororibus & ipſa moralis eſt, perpetuamque & naturalem cauſam prohibitionis continet? Moralem eſſe & naturalem non dubito. Moveor, quod Deus ita per Moſen pronuntiat: *Qui acceperit ſororem ſuam, nefariam rem operatus eſt, & in conſpectu populi occidetur, Lev.* 20. 17. & *Deut.* 27. 20. *Maledictus*, inquit, *omnis, qui dormit cum ſorore ſua*. Adeoque ex abominationibus, propter quas Cananæos Dominus extirpavit, hæc una fuit, *Levit.* 18. *circa fin.* qui tamen non aliam legem quam naturæ habuerunt. Plato quoque *lib.* 8. *de legib.* fratrum & ſororum conjugia ait eſſe *μηδαμῶς ὅσια, καὶ θεομισῆ, καὶ αἰσχρῶν αἴσχιστα*. Hinc eſſe, quod in tragœdiis Macarei, cognito ſe cum ſororibus rem habuiſſe, continuo mortem ſibi conſciſcant, ſceleris pœnas a ſe repetentes: Et Cicero *l.* 1. *de divin.* commixtionem fratris & ſororis *Nefarium ſtuprum* appellat. Lucianus in *Philol.* *ἀνοσιωτάτην μῖξιν*. Quis vero hoc nos docuit? ſola natura, quippe quæ omnes docet, ſorori ſuæ miſceri nefas eſſe, dum appetitum conjunctionis inter fratrem & ſororem cadere non ſinit. Quis eſt enim, qui ſororis ſuæ quantumvis formoſæ nuptias aut ſtuprum appetat? Non Platonem modo, ſed experientiam provoco. *Tam a me*, inquit ille apud Plaut. *Curcul. act.* 1. *ſc.* 1. *v.* 51. *pudica eſt, quam ſi ſoror mea ſit*. Neque aliam ob cauſam Abrahamus credidit ſe pro marito Saræ habitum non iri, quam ſi eam ſororem ſuam eſſe diceret, *Geneſ.* 12. 12. & 20. 12. Denique non tantum Romani, ſed etiam alii populi, & omnis pene Græcia, auctore Alex. ab Alex. 1. *genial. dier.* 24. nefandum putaverunt, iiſdem parentibus genitos invicem inceſtis nuptiis detineri. Neque vero ideo minus hoc nefas eſt, quia Ægyptii & nonnulli alii populi id dicere voluerunt, ſuorum nimirum Numinum exemplo, cum Saturnus Opin, Jupiter Junonem, Oſiris Iſin duxerit; & quid ni hoc facerent, apud quos non ſolum Philadelphi, verum etiam Philometores fecerunt? Objici ſolet dictum Thamare ad Amnonem fratrem conſanguineum, *Alloquere Regem; non enim denegabis me tibi*. *Samuel.* 13. Reſp. Sive hoc Thamara ſciens commenta eſt, ut ſe præſenti periculo eriperet, ſive revera credidit hoc quoque patri Regi licere; inde colligi non debet, aut Davidem id conceſſurum fuiſſe, aut recte facturum, ſi conceſſiſſet. Illud alicujus momenti eſt, quod hic nobis objici poteſt, & verum eſſe conſtat ex ſacra hiſtoria: oportuiſſe nimirum a primis illis hominibus ſorores duci, cum aliæ mulieres non extarent. Reſpondent Theologi, id fuiſſe neceſſitatis & tacitæ divinæ diſpenſationis. Nam cum juberet Dominus propagari genus humanum, nec plures ſimul feminas condidiſſet; ſatis intelligitur, hanc fuiſſe ipſius voluntatem, ut fratri ex ſorore ſobolem tollere fas eſſet: quod poſtea ipſa natura docuit non licere. Hoc ergo factum, ut Auguſtinus ait *lib.* 15. *de civit. Dei, cap.* 16. *Quanto eſt antiquius, compellente neceſſitate* (intellige neceſſitate ex illius temporis circumſtantia) *tanto poſtea factum eſt damnabilius religione* (id eſt, naturali averſatione) *prohibente*. Affert ibidem Auguſtinus etiam nonnullas alias cauſas, ob quas fratres & ſorores conjungi non debeant, ut neceſſitudo inter plures diffundatur, ſerpatque & propagetur civium inter ſe charitas, quam ſic extendi etiam Cicero docet, 5. *de finib.* item ut evitetur illa cognationis & affinitatis confuſio, quæ fratrum & ſororum nuptias neceſſario ſequitur. Sed hæ rationes tanti ponderis non ſunt, ut quod contra ſit, natura illicitum cenſeri debeat. Conſentit etiam in hac quæſtione Covarr. *de matrim.* p. 2. c. 10. §. 10. *n.* 15. D. Tulden. *ad hunc tit. cap.* 6.

Si ab altero eorum) In nuptiis utrum frater ſit germanus, an conſanguineus, vel uterinus dumtaxat, nihil intereſt. *Levit.* 18. 9. 11, immo nec vulgo quæſitam ſororem ducere licet, *l.* 54. *ff. h. tit.* In ſucceſſionibus autem inter utrinque conjunctos arctior neceſſitudo habetur; *auth. itaque Cod. comm. de ſuc.* ut & olim in eadem cauſa conſanguineorum major ratio quam uterinorum habebatur: vulgo autem quæſitorum extra ſucceſſionem matris vix jus ullum.

Quamdiu conſtat adoptio) Per adoptionem quæſita fraternitas eo uſque impedit nuptias, donec manet adoptio, aut naturalis filius in poteſtate. At ſi pater, vel me in poteſtate retento, filiam quam adoptaverat emancipavit, vel me emancipato, illam in poteſtate retinuerit, poſſumus matrimonio jungi, *l. per adoptionem* 17. *hoc tit.* quippe vinculo agnationis, quæ ſola haſce nuptias impedit, ſoluto. Nam reverentiæ & honeſtatis reſpectus, qui diſſoluta adoptione adhuc manet inter patrem quondam & filiam, hic nullus eſt.

Antea filiam ſuam emancipare) Alioqui dirimetur matrimonium, quod inter fratrem & ſororem licet adoptivos non conſiſtit; ut ex Theophilo, Hotom. & Weſemb. hic notat, & indicat Triphon in *l. non ſolum* 67. §. 3. *hoc tit.* Nam ut dicamus matrimonium manere, & adoptionem potius nullam eſſe, quod D. Bachovius magis probat; neſcio an ex ratione juris civilis defendi poſſit; quod cum nuptias inter ſororem & fratrem adoptivum prohibet, generum tamen adoptari permittit; ex conſequenti genero adoptato, nuptias perimi voluiſſe exiſtimandum eſt, non adoptionem nullam eſſe. Vid. *tom.* 1. *juris Græco Rom. l.* 8. *c. de adopt.* *γάμος λύεται, ἐπὰν τις τὸν ἴδιον γαμβρὸν ποιήσηται*. Theod. Balſam. *ad l.* 67. *ff. hoc tit.*

TEXTUS.

De fratris & ſororis filia vel nepte.

3. *Fratris vero, vel ſororis filiam uxorem ducere non licet: ſed nec neptem fratris vel ſororis qui ducere poteſt, quamvis quarto gradu ſint: cujus enim filiam ducere non licet, neque ejus neptem permittitur. Ejus vero mulieris, quam pater tuus adoptavit filiam, non videris prohiberi uxorem ducere: quia neque naturali, neque civili jure tibi conjungitur.*

NOTÆ.

3. *Fratris vel sororis filiam*) Ex *l.* 17. *ff. hoc tit. l.* 17. *C. eod. l. ult. C. de inceſt. nupt.* Ulpian. apud *Raffin.* & in *fragm. tit.* 5. ſcribit permiſſum eſſe ducere filiam fratris; non etiam ſororis. Hoc Claudius invexerat. Sueton. *in Claud. cap.* 26. Tacit. 12. *ann. cap.* 5. *ſeq.* Sed poſtea ſublata eſt hæc differentia *d. l.* 17. Lege quoque divina non obſcure hæ nuptiæ vetantur huc ipſo, quod prohibemur ducere amitam & materteram, *Levit.* 18. *v.* 12. & 13. eadem enim ratio eſt.

COMMENTARIUS.

1. *Nuptias cum fratris aut ſororis filia, & in univerſum inter perſonas tranſverſæ lineæ, quæ parentum, & liberorum loco inter ſe ſunt, etiam divina lege prohibitas, atque hanc quoque legem moralem eſſe.*

JUre civili nuptiæ in linea tranſverſa inæquali prohibitæ ſunt inter eas perſonas, quæ parentum liberorumve numero ſunt, *l. per adoptionem* 17. §. 2. *l. ſororis* 39. *hoc tit. l. nemini* 17. *Cod. eod. l. ult. Cod. de inc. nupt.* §. *item amitam*, 6. *inſ. eod.* & quidem in infinitum, *leg. nuptiæ* 53. *hoc tit.* nam graduum numerus hic non magis conſideratur, quam in linea recta inter ipſos parentes & liberos. Sed an huic prohibitioni per omnia conſentanea ſit lex divina veteris Teſtamenti, quæritur. Ego quidem ſic ſentio; quamvis enim ſingula apud Moſen non ſint expreſſa; tamen quibuſdam poſitis, quæ paria ſunt, pro expreſſis habenda: cum hoc flagitet ipſa ratio, ut de ſimilibus ſimiliter ſtatuatur, nec in hac prohibitione tam ad numerum graduum reſpiciatur, quam ad venerationem perſonarum. Cum igitur Dominus expreſſe vetat amitæ & materteræ nuptias; *Levit.* 18. *verſ.* 12. & 13. intelligitur etiam vetare nuptias amitæ magnæ & materteræ magnæ, & deinceps aſcendentium: item ἀνάπαλιν nuptias fratris & ſororis filiæ & deinceps ex his deſcendentium cum patruo & avunculo, & qui ſupra hos ſunt. Atque hanc etiam prohibitionem perpetuam eſſe partem legis moralis, ex iiſdem fere argumentis evincitur, quibus fratris & ſororis nuptias naturæ atque honeſtati repugnare antea demonſtravimus, in ea tamen diſpenſari poteſt ex Trid. *ſeſſ.* 24. *can.* 3. Unum addam: Apud Romanos cum nulla adhuc lege nuptiæ cum fratris filia prohibitæ eſſent; moribus tamen inceſtæ habebantur, *l. ſororis* 39. §. 1. *l. etiamſi* 56. *hoc tit.* Adeo ut ipſe Claudius Imperator auſus non fuerit Agrippinam fratris ſui Germanici filiam uxorem ducere, niſi extorto prius ſenatuſconſulto, quo venia daretur talium conjugiorum; neque tamen reperti ſunt, quod mirum eſt, in libidinoſiſſima civitate, qui ſequerentur exemplum, excepto uno atque altero peſſimo adulatore; Suet. *in Claud. c.* 26. Tacit. 12. *annal. cap.* 5. & *ſeq.* ac poſtea ſenatuſconſultum illud a Nerva ſublatum eſt teſte Xiphilino. Sane brevis hæc lex Nervæ fuit, ut & imperium ejus, & nuptiæ cum fratris filia ex edicto Claudii pro licitis iterum haberi cœperunt; nam auctore Capitolino, Antonius Pius filiam ſuam fratri uxorem dedit; quod antea nondum ſublato ſenatuſconſulto & Titum feciſſe Suetonius memorat, *Domitian. cap.* 22. Cæterum quia ſenatuſconſultum illud ſive edictum Claudii cum naturæ honeſtate pugnare videbatur, ſtrictiſſime acceptum de ſola fratris filia, non autem de filia ſororis, teſte Ulp. *tit.* 5. §. 6. aut quod magis puto, jam tempore mediæ Juriſprudentiæ vim amiſerat; argumento id, quod Cajus ſcribit, *leg. quin etiam* 55. §. 1. *hoc tit.* fas non eſſe ducere neptem patris adoptivi ex filio; quanto igitur minus neptem veri patris & naturalis, ſeu veri fratris filiam ducere licuit? Ut ut eſt, tandem expreſſe edictum illud abrogatum eſt, & quidem a Principibus ethnicis Diocletiano & Maximiano, *l. nemini* 17. *hoc tit.* adeo altæ a natura leges iſtæ cordibus humanis inſcriptæ ſunt; congruit *l. ult. Cod. de inceſt. nupt. art.* 7. *Ordin. pol.* VINN. *Lex* 17. *C. de nupt.* deſumpta eſt Codice Greg. *lib.* 5. *tit.* 1. §. 9. ubi ea multo integrior exſtat. Ibi vero nihil de fratris, ſed de ſororis filia, quam diſtinctionem etiam admittit Ulp. *tit.* 5. §. 6. Ex quibus colligimus (5) *l.* 17. *C. de nupt.* a Triboniano, locum autem Caji *lib.* 1. *Inſtit. tit.* 4. §. 3. ubi & cum fratris filiæ matrimonium prohibetur, ab Aniano eſſe interpolatum. (2) Nervæ legem non hoc matrimonium cum fratris, ſed alterum cum ſororis filia, κατ' ἀναλογίαν inhibuiſſe Conſtantinum & Conſtantem, *l.* 1. *C. de inceſt. nupt.* HEIN.

Quamvis quarto gradu) Hinc apparet, jure civili licitum fuiſſe ex quarto gradu lineæ tranſverſæ uxorem accerſere, excepta ea quæ parentis aut filiæ loco eſſet.

Cujus filiam, &c. *Neque ejus neptem*) Hæc regula ad hypotheſim revocanda eſt, cujus videlicet fratris aut ſororis, de quibus agitur. Vera autem ratio eſt; quoniam parentum liberorumque invicem numero ſunt: ut hic aliud ſpectandum ſit, quam numerus graduum, §. *item amitam* 5. *inſr. l. nuptiæ* 53. *eodem.*

Neque naturali, neque civili) Non naturali, quia cognata mea non eſt, cum adoptio non tribuat jus ſanguinis: non civili, quia avunculus nemo fit per adoptionem, *l.* 12. *in fin. eod.* Quippe per adoptionem cum iis tantum perſonis neceſſitudo contrahitur, quæ ſi ſanguine nos contingerent, nobis agnatæ eſſet, *leg. per adoptionem* 23. *de adopt.*

TEXTUS.

De Conſobrinis.

4. *Duorum autem fratrum, vel ſororum liberi, vel fratris, & ſororis, conjungi poſſunt.*

COMMENTARIUS.

1. *Patruelium & conſobrinorum nuptias neque civili, neque divino jure prohibitas, quamquam Canones longius progreſſi.*
2. *Diſcrimen dinumerationis graduum inter jus civile & canonicum explicatum.*

(1) REdit ad lineam tranſverſam æqualem, in qua dicit, eos, qui in quarto gradu ſunt, facta computatione civili, conjungi poſſe, nimirum fratris & ſororis liberos: idemque traditur in *l.* 3. *hoc tit. celebrandis* 19. *Cod. eod.* ſcilicet quia hic ceſſat ratio, ob quam prohibeor neptem fratris ducere, quod ego illi parentis, illa mihi filiæ loco ſit. Lege quoque divina patruelium aut conſobrinorum nuptiæ interdictæ non ſunt; adeoque ſi exempla jus faciunt, tantum non expreſſe conceduntur, *Num.* 36. 11. Auguſtinus

lib. 15.

lib. 15. *de Civ. Dei*, de connubiis consobrinorum agens ait, ea nec divinam legem prohibuisse, neque ad sua usque tempora humanam. Prohibuerat has nuptias Theodosius Major, ut scribit Aurel. Victor: sed legem patris filii Arcadius & Honorius sustulerunt, revocata prisci juris, ut inquiunt, auctoritate, *d. l. celebrandi* 19. *C. h. t.* Pontifices autem Romani longius progressi sunt, & conjungi vetuerunt non solum consobrinos, sed etiam sobrinos & eorum liberos, quos quarto gradu numerant, cum octo inter se distent; *cap. non debet*, *de consf. & affin. Conc. Later.* c. 50. cujus Concilii auctoritate Innocentius abrogavit priorum Pontificum decreta, qui usque ad septimum gradum nuptias inhibebant: hoc est, eorum, qui jure civili, decimoquarto gradu invicem contingunt; *cap. progeniem*, *& seq. cap. nulli*, *& seq.* 35. *qu.* 2. *&* 3.

(2) Monet hic locus, ut discrimen dinumerationis graduum, quod est inter jus civile & canonicum, obiter explicemus; quippe quod ad causas matrimoniales solum pertinet: nam in successionibus civilibus computationem sequuntur etiam in terris Ecclesiæ, teste Scheneid. *hic*: & Div. Tulden. *ad tit. Inst. de grad. cogn.* Jure civili generata persona gradum adjicit, ut tot eo jure sint gradus, quot sunt generationes, §. *hactenus* 7. *inf. d. tit.* In linea recta aut ascenditur, quæ idcirco ascendentium appellatur, ordinemque parentum complectitur; aut descenditur, quæ dicitur descendentium, & ordinem comprehendit liberorum. In linea transversa seu collaterali primum ascenditur, deinde descenditur. Exempli gr. ego genitus sum a patre meo: ecce unum gradum. Idem pater meus genuit Titium fratrem meum: ecce alterum, unde consequitur, fratres duobus gradibus inter se distare de jure civili. Pari ratione si quæras, quot gradibus a te distet patruus tuus, ascende primum ad avum vestræ cognationis communem auctorem, deinde iterum descende ad ejus filium, qui est patruus tuus, comperies eum tribus gradibus a te distare: & ita deinceps. Latius hæc declarantur *infr. de gradu cognat.* Jus autem Pontificium aliter gradus dinumerat, *cap. ad sedem*, 35. *qu.* 5. Cujus juris regulæ sunt. 1. In linea ascendentium & descendentium quot sunt personæ, una dempta, tot gradus: quæ computatio in hac linea a computatione juris civilis in hoc tantum differt, quod Canones personas numerant, jus civile generationes. 2. In linea transversa æquali, quot gradibus alter distat a communi stipite, totidem utrique inter se distant. Exempli gr. Frater & soror distant inter se hoc jure uno tantum gradu, quia uno gradu distant a communi parente: & consobrinus ista computatione mihi est secundus, quia ab avo, qui communis utriusque nostrum fons est & origo, secundus numeror. 3. In linea transversa inæquali, quo gradu distat remotior a capite, eo gradu distant inter se. Igitur fratris mei filius secundo gradu a me abest, quia ille a patre meo avo suo duobus gradibus dissidet: & nepos fratris mei tertio, quia a patre meo ipse tertius est.

Conjungi possunt) Theoph. negative reddidit οὐ δύνανται συνάπτεσθαι, quia sic in Oriente obtinebat. Nam post Justinianum sub Imper. Græcis hæc matrimonia iterum improbata fuere. Harmenop. *l.* 4. *tit.* 9. Attal. *tit.* 26. Matth. monach. *tit. de grad. consang.* VINN. De tota hujus juris historia conferendus est Jacob. Gothofr. *ad l. un Cod. Th. si nupt. ex rescr. pet. lib.* 3. *tit.* 10. *Tom.* 1. *p.* 228. HEIN.

TEXTUS.

De amita, matertera, amita magna, matertera magna.

5. *Item amitam, licet adoptivam, ducere uxorem non licet. Item nec materteram, quia parentum loco habetur. Qua ratione verum est, magnam quoque amitam, & materteram magnam prohiberi uxorem ducere.*

COMMENTARIUS.

Hujus §. explicatio petatur ex iis, quæ ad §. 3. sup. diximus.

Licet adoptivam) Hoc consulto hic additum, in matertera omissum: nam matertera per adoptionem non magis fieri potest, quam avunculus; *l.* 12. §. *ult. hoc. t.* Eadem verba quoque repetenda sunt in amitam magnam; *l. per adoptionem* 17. *in fin. eod.* VINN. Sed turbat Cajus in *l.* 55. §. 1. *ff. de ritu nupt.* ubi ne patris quidem materteram duci uxorem posse statuit. Enimvero matertera patris adoptivi huic loco parentis, & hinc filio quoque adoptivo veneranda est, adeoque non magis duci potest, quam patris adoptivi vidua, *l.* 14. *pr. ff. hoc tit.* Qualis respectus non est inter sororem patris adoptivi & filium ab eo adoptatum. HEIN.

TEXTUS.

De affinibus, & primum de privigna, vel nuru.

6. *Affinitatis quoque veneratione a quarumdam nuptiis abstinere necesse est; ut ecce, privignam aut nurum ducere non licet, quia utraque filiæ loco sunt. Quod ita scilicet accipi debet, si fuit nurus aut privigna. Nam si adhuc nurus tua est, id est, si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non poteris: quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc privigna tua est, id est, si mater ejus tibi nupta est; ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet.*

NOTÆ.

7. *Privignam*) Quæ sic dicta, quod genita, antequam mater secundo nuberet. Fest.

Qui duas uxores) *l.* 2. *Cod. de inc. nupt. l.* 18. *C. ad leg. Jul. de adult.* Multæ quoque aliæ gentes virum unicæ mulieri copularunt. Dion. Halic. *lib.* 2. Raræ binæ in Occidente nuptiæ. De Germanis testatur Tac. *de moribus Germ.* c. 18. Valentinianus voluit, Niceph. Calist. *lib.* 11. *c.* 33. Jul. Poll. *in chron.* In Rep. Christiana tolerari non oportere evincunt, quæ apud Matth. *cap.* 5. & 19. Marc. 10. Luc. 16. Paul. 1. Cor. 7. VINN. Valentiniani Consilium non feliciorem habuit exitum, quam Julii Cæsaris, qui per Helium Cæcinam simile quid tentaverat. Suet. *Jul. cap.* 52. Quin sunt qui illam narrationem de Valentiniano, cujus auctor Socr. H. E. *l.* 4. *c.* 31. falsam judicant, in primis Tillemont. *dans l'Histoire des Empereurs*, tom. 5. part. 1. not. 28. p. 345. HEIN.

NOTÆ.

1. *Licet affinitatis nulli proprie sint gradus; tamen quosi quosdam gradus affinium numerari posse, & n.* 3. 2. Ge-

2. *Genera affinitatis a veteribus canonibus ſtatuta, poſteriorum Pontificum decretis moderari.*
3. *In linea recta affinium eamdem eſſe prohibitionem, quæ in eadem linea cognationis.*
4. *In linea affinitatis tranſverſæ quatenus ſe extendat prohibitio?*
5. *Interdicta Lev. 18. quæ affines ſpectant moralia eſſe.*
6. *Jure civili antiquo non videri inter affines tranſverſæ lineæ prohibitionem fuiſſe.*
7. *Polygamiam in Rep. Chriſtiana non eſſe tolerandam.*

HActenus de nuptiis, quæ propter cognationem prohibentur. Cognationis ſimulacrum quoddam eſt affinitas: cujus ea etiam vis eſt, ut quoſvis affines quibuſvis jungi naturæ honeſtas non patiatur. Sunt autem affines viri & mulieris cognati, dicti ab eo, quod duæ cognationes, quæ inter ſe diverſæ ſunt, per nuptias copulantur, & altera ad alterius cognationis finem accedit, οἱ κατ' ἐπιγαμίαν, συγγενεῖς; *leg.* 4. §. 3. *de grad. & affin.* ubi nomine quoque affinium peculiaria recenſentur. 1.) Gradus affinitatis proprie nulli ſunt, quia affines ab affinibus non generantur; *d. l.* 4. §. 5. nihil tamen prohibet, quominus quaſi quoſdam gradus affinium numeremus; ſic enim & Paulus loquitur, *l.* 10. *pr. d. tit.* dicamuſque, quo gradu quiſpiam eſt cognatus marito, eo gradu eſſe affinem uxori & quaſi cognatum, & contra. (2) Veteres canones etiam genera affinitatis numerant, eaque tria: ut ecce: Uxoris meæ filius mihi eſt in primo genere affinitatis, illius uxor in ſecundo genere: mortuo privigno meo, ſi illa nubat Titio, hic mihi erit in tertio genere affinitatis: ſic uxoris meæ frater mihi eſt in primo genere affinitatis; uxor illius in ſecundo: quæ ſi mortuo marito alteri nubat, is mihi erit affinis in tertio genere. Non obſtat quod Papinianus reſpondet *in l.* 15. *hoc tit.*, uxorem quondam privigni conjungi matrimonio vitrici non oportere. Hoc enim non eam rationem habet, quod affines ſunt; ſed quod honeſtas & pudor naturalis non patiatur, mecum matrimonio jungi uxorem ejus, qui mihi aliquando filius ſeu loco fuit propter matrem, quam in matrimonio habui. Similis quædam prohibitio eſt in *leg.* 14. *pr. eod.* (3) Naſcitur affinitas ex unione viri & uxoris, qui cum matrimonio juncti unum fiant, neceſſe eſt vinculo iſto etiam utrinque cum iis connecti ipſorum cognatos, eodemque gradu, quo quis cognatus eſt marito, fieri uxori affinem & quaſi cognatum: & ex contrario, quo gradu quis uxori cognatus eſt, eodem fieri affinem & quaſi conſanguineum marito; exempli gratia: in linea recta quia uxor mea uno gradu diſtat a patre ſuo, ab avo duobus, ego quoque a ſocero uno gradu, a proſocero duobus diſtabo: idemque de cæteris tum aſcendentibus tum deſcendentibus ſtatuendum. In linea tranſverſa, quia maritus a fratre ſuo duobus gradibus diſtat, totidem diſtabit uxor a leviro. Quod ipſum quoque dicendum eſt de glore, ſororio, fratria. Item quia uxor mea a patruo ſuo vel avunculo tribus gradibus diſſidet, ego quoque a ſoceri fratre vel ſorore totidem gradibus abero: & ſic deinceps. Videamus nunc quinam gradus affinitatis prohibiti, & anne iidem omnes, qui & cognationis.

(4) In linea recta eadem jure civili prohibitio in affinitate, quæ in cognatione. Itaque nec ſocer nurum, nec ſocrum gener, nec vitricus privignam, nec privignus novercam ducere poteſt, *l.* 14. §. *ult. hoc tit. l. nemini* 17. *Cod. eod.* quod & Juſtinianus *hoc & ſeq.* §. docet prohibitionis hanc rationem afferens, quod invicem parentum & liberorum loco ſunt: cui proinde conſequens eſt, nec inter proſocerum & pronurum, nec inter vitrici patrem proprivignam, & ſic porro, nuptias licitas eſſe; *d. l.* 14. §. *ult. Levit.* 18. *verſ.* 8. 15. & 17. (5) Atque hanc etiam prohibitionem perpetuam eſſe & moralem, evincit locus Apoſtoli 1. *ad Cor.* 5. ubi tale ſtuprum ne inter gentes quidem nominari ait, ut quis uxorem patris habeat. Et M. Tullius *in orat. pro Cluent. cap.* 6. cum ſocrum genero nupſiſſe narraſſet, ſubdit: *O mulieris ſcelus incredibile, & præter hanc unam, in omni vita inauditum!* atque in hoc quoque nobis aſſentiuntur plerique Pontificiorum, Covarr. *de matrim. p.* 2. *cap.* 6. §. 10. *num.* 19. in linea tranſverſa æquali, neque frater uxorem defuncti fratris deducere, nec viciſſim ſoror marito ſororis nubere poteſt, nec maritus cum ſorore uxoris, aut uxor cum fratre mariti conjungi, quoniam affinitate inter ſe ſunt facti fratres & ſorores; *l.* 5. *l. pen. & ult. Cod. de inc. nupt.* facit *d. cap. Levit.* 18. *verſ.* 16. Quo loco cum fratris cum uxore fratris defuncti nuptiæ prohibeantur, prohibita quoque cenſeri debet ſororis cum marito ſororis ſuæ conjunctio, ex ratione, quam affert Moſes, quia inquit, fratris tui pudenda ſunt: quod nihil aliud declarat, quam quia uxor fratris tui eſt, ut jam affinitate tu illi frater illa tibi ſoror facta ſit, quos conjungi naturæ honeſtas non patitur. In tranſverſa affinitatis linea inæquali Dominus expreſſe apud Moſen, *d. c. verſ.* 14. vetat conjungi fratris filium cum uxore defuncti patrui; cui conſequens eſt: 1. nec ſororis filium cum uxore defuncti avunculi conjungi poſſe.* 2. nec patruum aut avunculum cum uxore filii fratris ſororis. 3. nec amitam aut materteram cum marito filiæ fratris aut ſororis. Sed an æque ex conſequenti prohibitæ intelligi debeant nuptiæ mariti cum amita aut matertera uxoris ſuæ, aut cum fratris vel ſororis ſuæ, ſive leviri aut gloris filia, nonnulli dubitant, propterea quod hæc conjunctio non videtur tam longe recedere ab honeſtate & verecundia, quam præcedentes illæ. Minus enim, ajunt, verecundum eſt patruum meum cum ea, quæ mihi aliquando uxor fuit, conſueſcere, & duos conſanguineos cum eadem miſceri, quam illum, qui amitam meam in matrimonio habuit, jungi cum ſorore mea, & unum ſucceſſive cum duabus conſanguineis. Atque ut putet aliquis, ordini naturæ minus convenire ut quis ducat & maritali imperio ſubjiciat amitam aut materteram uxoris ſuæ, quod iſtæ illi loco parentum ſunt, hanc tamen rationem ceſſare in filia leviri aut gloris. At enimvero ſi in univerſum ſpectamus cauſam, ob quam nuptiæ in prædictis omnibus affinitatis gradibus prohibentur, videlicet quia vir & uxor in unum corpus coaleſcentes non amplius duo ſunt, ſed una caro; in univerſum etiam dicendum videtur, eoſdem gradus affinitatis prohibitos cenſeri debere, qui prohibiti ſunt in cognatione: & propoſitione illa *Levit.* 18. 6. *Ad proximam ſanguinis ſui nemo accedat*, etiam ad affines, qui pro conſanguineis ſunt, pertinere, & tam late patere, quam late prohibitio inter ſanguine junctos. Baſilius *in epiſt.* ad Diodorum.

Plane ut non æque graviter omnes peccant, nec puniendi ſunt, qui prohibitam in ordine cognatorum ducunt, ſed levius qui ex tranſverſa, gravius, qui ex recta linea uxorem ſumunt: ita etiam gravius delictum eſt, ex recta affinitatis linea, quam ex tranſverſa uxorem ſumere. (6) Sunt vero etiam hæc interdicta, quæ

affines transversæ lineæ spectant, moralia & perpetui juris. Neque enim Deus gentes ob singula facta cum singulis interdictis pugnantia punivisset, nisi in singulis peccassent contra jus naturæ. Notentur particulæ universales, quibus singules casus designat legislator, cum idcirco gentes punitas subjicit. At enim, inquies, si lex de non ducenda fratria *Levit.* 16. 6. perpetuam & naturalem causam prohibitionis habet, qui fit, quod fratria certo casu duci jubetur? *Deuteron.* 25. 5. Jus enim naturale est immutabile. Respondent doctores Theologi: Jus naturale duplex esse, unum tale, ut absolute in se ac essentia sua æquum & justum sit, quicquid eo continetur, ac proinde prorsus immutabile; alterum, quod æquitatem & justitiam continet, in rerum natura sola Dei voluntate impressam, ut a creatura naturæ ductu approbaretur; ac posterius hoc jus uti a legislatoris voluntate dependet, ita & per eam aliquando ex causa peculiari mutari; ne quamvis jus naturæ vetet suum cuiquam auferre, Deum tamen de isto jure dispensasse, *Exod.* 12. 35. 36. cum Israelitis mandaret, ut Ægyptiis sua auferrent. Atque ita tamen forte Deus in Sanctis olim quædam matrimonia concessit propter sancti generis paucitatem. Eademque ratio est legis de fratria certo casu ducenda, excitandoque fratri sine sobole defuncto semine; videlicet ut in nomen primogeniti conservaretur familia, & primogenita Christi numquam intermoritura significaretur. Augustin. *quæst.* 61. *in Levit.* Quare juris Pontificii Interpretes asserunt, impedimenta hujusmodi non ita constringere in lege Evangelica, sicut in Mosaica, atque inde monet Sanchez *de matrim. lib.* 8. *disp.* 6. *n.* 11. *& seqq. & lib.* 7. *disput.* 52. *num.* 6. *& seqq.* nullos gradus consanguinitatis & affinitatis *Levit.* 18. hodie esse prohibitos jure divino, nisi qui alias prohibiti sunt jure naturæ primævo; & consequenter Pontificem in omnibus illis dispensare posse. (7) Apud veteres Romanos, ut hoc quoque obiter dicam, non videtur, transversa affinitatis linea prohibitionem habuisse: idque exemplo doceri potest, quod afferunt M. Tullius *lib.* 1. *divin. cap.* 46. & Valer. Maximus *lib.* 1. *cap.* 5. de Metello, qui mortua uxore Cæcilia, filiam sororis Cæciliæ in matrimonium duxit; quod tamen neuter eorum ut novum refert. Quamvis autem aliquis dubitet, an hoc locum habuerit in hac linea in universum, puta si frater viduam fratris, vel patruus aut avunculus uxorem filii fratris aut sororis, vel contra filius fratris aut sororis uxorem patrui aut aunculi ducere voluisset, tamen ego crediderim, apud Romanos jura affinitatis morte unius e conjugibus pro extinctis habita fuisse: utique si liberi ex eo matrimonio non superessent. Nam apud Plutarchum legimus Marcum illum Crassum cognomento Divitem defuncti fratris viduam duxisse; neque hoc tanquam novum aut præter morem factum auctor commemorat. Nimirum ut nuptiis contrahitur affinitas, ita soluta nuptiis, eam dissolvi voluerunt; salva tamen reverentia ex affinitate nata inter eas personas, quæ parentum & liberorum loco fuerant, *arg. hujus & seq.* §. adeoque eadem fere ratio affinitatis fuit, quæ adoptionis, qua & ipsa soluta, nuptiæ non impediuntur, nisi ob solam reverentiam inter eos, qui parentes & liberi fuerunt. Neque enim dubito quin patruus adoptivam filiam fratris, aut fratris amitam adoptivam, soluta per emancipationem adoptione, ducere potuerit; cum nuptiæ etiam cum sorore adoptiva dissoluta adoptione consisterent, §. 2. *sup.* Sed profecto magnum discrimen est inter conjunctionem, quæ ex adoptione oritur, & eam quam parit affinitas. Adoptio merum juris civilis commentum est; affinitas vero etiam causam naturalem habet, quæ ex commixtione corporum nata nuptiis solutis adhuc permanet, quo pertinet illud Pontificis in c. 1. *cap.* 35. *quæst.* 1. *Uno defuncto, in superstite affinitatem non deleri.* VINN. Conjectura Vinnii quod jura affinitatis morte unius conjugis extincta sint, nihil est verius. Confirmant illam non solum exempla a Vinnio & postea a V.C. Bern. Henr. Reinoldo *Var. cap.* 24. *pag.* 196. *seq.* adducta, verum etiam edictum Constantini, Constantis & Juliani *leg.* 2. *Cod. Th. de incest. nupt.* quo primum id mutatam. Ubi adde Gothofr. *Tom.* 1. *pag.* 296. HEIN.

Quia utræque filiæ loco) Regula juris civilis est, eos, qui in numero parentum aut liberorum sunt, conjungi matrimonio non posse; *leg. nuptiæ* 53. *hoc tit.* cui regulæ locus est non tantum in cognatione, sed etiam in affinitate; *leg.* 14. §. *ult.* Et quamvis jure civili, ut supra diximus, id tantum obtinuisse videatur in recta affinitatis linea ob reverendæ cujusdam & honestatis respectum; qui cessat in iis, qui ex transverso gradu invicem affines sunt; tamen & alias esse hujus prohibitionis causas, de quibus paulo ante diximus.

Si fuit nurus sua) Ergo dissoluta demum affinitate huic prohibitioni locus est; quod & diserte exprimitur in §. *seq.* ibi; *dissoluta demum affinitate.* Qui locus conjecturam nostram adjuvat, mortem unius e conjugibus affinitatem diremisse; sed ob personarum venerationem & pudorem naturalem nuptias nihilominus interdictas fuisse inter eos, qui affinitate parentes & liberi fuerant. Utique causam prohibitioni dedit ante contracta affinitas.

Eadem duobus nupta) Unam apud plures nuptam esse e diametro pugnat cum recta ratione; quia (ut alia omittam, quæ dictu fœda) officit procreationi liberorum, qui principalis matrimonii finis est. Neque apud ullam gentem licitum unquam fuisse legimus, ut una mulier duobus aut pluribus viris nuberet. Tertull. *adversus Marc. Manente matrimonio nubere adulterium est.*

Duas uxores eodem tempore) Duas aut plures uxores apud unum nuptas esse multi putant non pugnare cum naturali ratione, cum apud plerasque gentes id licitum fuisse legamus; adeoque ipse Deus hanc polygamiæ speciem populo suo permiserit. Sed non deest quod reponatur. Vide quæ dixi sub §. 1. *sup. de pat. pot.* Ut ut est; constat ex iis, quæ a Christo dicuntur apud *Matth.* 5. 32. *&* 19. 9. *Marc.* 10. 4. *Luc.* 16. 18. & quæ scribit Paulus 1. *Cor.* 7. Polygamiam in Republica Christiana non esse tolerandam; quæ etiam multis gentibus improbata fuit. Raræ binæ simul in Occidente nuptiæ. Neque enim apud Romanos tantum constitutum fuit, ne quis binas eodem tempore uxores haberet, sed etiam apud Græcos, & jam tempore Cecropis Atheniensium Regis, vid. Pet. Fabr. 2. *semestr.* 1. Germanos quoque nostros singulis uxoribus contentos fuisse, scribit Tacitus *de morib. German. cap.* 17. Sed & plures alias gentes virum unicæ mulieri copulasse testatur Dionys. Halicarn. *lib.* 2.

TEXTUS.

De socru & noverca.

7. *Socrum quoque & novercam prohibitum est uxorem ducere: quia matris loco sunt. Quod & ipsum dissoluta demum affinitate procedit: alioquin si adhuc noverca est, id est, si adhuc patri tuo nupta est, communi jure impeditur tibi nubere: quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc socrus est, id est, si adhuc filia ejus tibi nupta est; ideo impediuntur tibi nuptiæ, quia duas uxores habere non potes.*

NOTÆ.

7. *Duas uxores*) Bigami pœna capitalis est Theophyl. ἡ τιμωρία τὰ τῆς μοιχείας ἐγκλήματι. 60. *Basil.* 37. *c. pen.* & recte, nam ut ait Tertull. *adv. Marc. Manente matrimonio nubere adulterium est*, fac. *l.* 18. *C. ad l. Jul. de adult.*

COMMENTARIUS.

HUjus §. & superioris eadem plane est sententia, ut nova explicatione non indigeat.

TEXTUS.

De comprivignis.

8. *Mariti tamen filius ex alia uxore, & uxoris filia ex alio marito, vel contra, matrimonium recte contrahunt: licet habeant fratrem sororemve ex matrimonio postea contracto natos.*

NOTÆ.

8. *Mariti filius ex alia uxore*) Titius cum haberet filium ex conjuge defuncta, Semproniam uxorem duxit, quæ ex priore matrimonio filiam habebat. Quær. An inter filium Titii & filiam Semproniæ nuptiæ consistant? R. Consistere. Ratio est. Quia nulla est inter comprivignos affinitas, utpote quæ ultra personas matrimonio junctas non extenditur. Wes.

Recte contrahunt) *l.* 34. §. *pen. ff. h. t. l.* 134. *pr. de verb. oblig.* neque *Levit.* 18. *vers.* 11. prohibentur nuptiæ ἀλληλοπρογόνων, sed fratris, & sororis ὁμοπατρίας sive consanguineæ.

COMMENTARIUS.

COgnati personarum, quarum interventu & copula contracta est affinitas, inter se nuptias contrahere non prohibentur. Et ratio est perspicua. Quia inter eos nulla est affinitas, utpote quæ ultra personas conjunctas non extenditur: hoc est, cognati quidem uxoris marito sunt affines, & contra cognati mariti affines uxori; sed ipsi cognati utriusque non sunt inter se affines, alioqui simulacrum cognationis fatius pateret quam ipsa cognatio, *l.* 34. §. *pen. hoc tit. l.* 134. *de verb. oblig.* Hinc igitur est, quod inter comprivignos contrahi nuptiæ possunt, quod pater & filius matrem & filiam, duo fratres duas sorores ducere non prohibentur. Quamquam hic recte facturos arbitror, qui magis id quod honestum est, quam quod licet, inspiciunt, ne ordo cognationis, cujus imago est affinitas, nimium perturbetur: quod fit, si verbi causa, pater filiam, filius matrem uxorem ducat. Putaverunt quidam nuptias comprivignorum vetari, *Lev.* 18. 11. Ant. Matth. *in not. hic*, & D. Cypr. Regn. *in cens. Belg.* Sed perspicuus error est. Illic enim non comprivignorum, ἀλληλοπρογόνων, sed fratris & sororis consanguineæ, id est, ab eodem patre ex alia & secunda uxore susceptæ prohibentur nuptiæ: de qua conjunctione nihil dictum erat *v.* 9. ubi prohibentur nuptiæ sororis germanæ, & uterinæ dumtaxat. Verba Moysis sunt: *Turpitudinem filiæ uxoris patris tui, quam peperit patri tuo, & est soror tua, non revelabis.* In versione LXX. est, ὁμοπατρία ἀδελφή. VINN. Sed error tamen non adeo perspicuus videtur. Cum enim in fontibus legatur מוֹלֶדֶת participium activum, non passivum מוּלֶדֶת vix potest textus aliter verti quam hoc modo. *Non deteges turpitudinem filiæ uxoris patris tui, quæ peperit patri tuo, tamquam sororem tuam.* HEIN.

Licet habeant fratrem, sororemve) Communi fratre aut sorore ex novo parentum matrimonio postea susceptis videri poterant arctius privigni conjungi; attamen ne id quidem nuptias eorum impedire, Papin. respondit *leg. generali* 34. §. 2. *hoc tit.*

TEXTUS.

De quasi privigna, quasi nuru, & quasi noverca.

9. *Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreavit; hæc non est quidem privigna tua: sed Julianus ab hujusmodi nuptiis abstinere deberenait. Nam constat, nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse: rectius tamen & jure facturos eos, qui ab hujusmodi nuptiis abstinuerint.*

NOTÆ.

9. *Uxor tua post divortium*) Ex *l.* 12. §. 2. & 3. *ff. h. t.* Sed & pridem apud Romanos desierunt bona gratia matrimonia dissolvi. De jure, quod antea obtinebat Augustin. 1. ad *Valer. de nupt. & concup.* 10. & *de bon. conj.* 8.

Non est privigna) Ratio ex notatione verbi. Privignus enim dictus, quod prius quam mater secundo nuberet, genitus est. Fest. Græcis πρόγονος.

Abstinere debere) Propter honestatem, quæ in conjunctionibus spectatur; *leg.* 42. *ff. hoc tit.* οὐ τοῖς νόμοις ἓν μόνον τὸ ἐπιτετραμμένον ζητοῦμεν, ἀλλὰ καὶ τὸ εὐπρεπές ut ajunt Interpretes canonum. Quod non vetat lex, hoc vetat fieri pudor. Fabrot.

Nec sponsam filii nurum) Propria sponsa non est uxor: *leg.* 12. §. 1. & 2. *hoc tit.* Improprie tamen appellatione uxoris sponsam quoque accipimus; *l.* 6. *l.* 8. *ff. de grad. & affin.* Est enim sponsa quasi uxor, & sponsus quasi maritus. Tertull. *de vel. virgin. Desponsata enim quodammodo nupta.*

COMMENTARIUS.

1. *Sponsalibus proprie non contrahi affinitatem.*
2. *Ex illegitimæ etiam conjunctione affinitatem nasci.*

SUperius dictum est, privignam tibi loco filiæ esse, eo quod mater tibi nupta est, nec posse te eam uxorem ducere, licet morte matris aut alio modo rite solutum sit matrimonium. Quæritur igitur, si uxor tua

post divortium alteri nupserit, & ex eo filiam procreaverit; ac ne eam quidem uxorem ducere possis? Ratio dubitandi, quia non est privigna tua, utpote genita postquam mater secundo nupsit. Nam, ut Festus scribit: *Privignus inde dictus est, quod prius genitus sit, quam uxor secundo nuberet*, (Græcis πρόγονος,) aut si rem mavis quam notationem inspicere, nulla tibi affinitate conjuncta unquam fuit; quoniam nondum nata erat, cum matrem in matrimonio haberes. Sed tamen ab hujusmodi nuptiis abstinendum esse recte placuit, *l.* 12. §.4. *h.t.* ob consuetudinem, quæ mihi cum matre fuit.

(1) *Nam constat, nec sponsam filii*) Nudis sponsalibus proprie non contrahitur affinitas, sed nuptiis dumtaxat. Sponsalia enim nihil aliud sunt, quam mutua futurarum nuptiarum repromissio; *l.* 1. *de sponsf.* quam libere liceat infringere; *l.* 6. *d. t. l.* 1. *C. eodem*, ac proinde, verbi causa, sponsa filii mei nurus mea non est, nec patris sponsa proprie noverca, *l.* 12. *h. t.* Quid est igitur, quod Jurisconsulti respondent, nomine affinium etiam futuros conjuges comprehendi? *l.* 6. *l.* 8. *de grad. affin. l.* 3. *l.* 4. *de l. Pomp. de parr. l.* 13. §. 3. *ad L. Jul. de adult.* Nempe id minus proprie dici constat, & locum habere cum sponsalia adhuc durant, & spes est fore, ut matrimonium prope diem sequatur: solutis autem sponsalibus, & spe nuptiarum penitus sublata, nulla amplius intelligitur affinitas, de qua specie agitur hoc nostro §. & *d. l.* 2. ac solum honestatis causa nuptiæ inter personas enumeratas prohibentur, eoque pertinent, *l. semper* 42. *h. t. l. semper* 197. *de reg. jur.* Igitur quod non vetat lex, hoc vetat fieri pudor. Argumentatur autem Justinianus a comparatione minorum. Et ita profecto est, ut mihi multo minor sit cum sponsa filii mei necessitudo, quam cum illa quasi privigna: quippe cujus matrem in matrimonio habuit: ex qua forte & liberos, qui illi fratres sunt, suscepti. At sponsam filius meus numquam attigit, ac fortassis ne vidit quidem: ut hic sola honestas causam prohibitioni præbeat, illic etiam corporum commixtio, quæ præcipue in hoc negotio respicitur, & a Moyse detectionis nomine honeste significatur. (2) De eo ambigitur, an etiam ex illegitima conjunctione contrahatur affinitas? Sed dicendum est contrahi. Nam si ex quovis coitu, quamtumvis illegitimo, nascatur cognatio, cur non etiam affinitas intelligatur? Sic certe a cognatione, quæ ex contubernio servorum descendit, affinitatem servilem Paulus arguit; *l.* 14. §. 3. *h. t.* Neque ob aliam causam, quam ob affinitatem, prohibetur filius patris sui concubinam uxorem ducere; *l.* 4. *C. eod.* aut in concubinatu habere; *l.* 1. §. 3. *de concub.* Quod autem Modestinus respondit, *l.* 4. §. *sciendum* 8. *de gradu & affin.* affinitatem nonnisi ex justis nuptiis oriri, de plena & perfecta affinitate intelligendum esse, vel ex eo liquet, quod eodem loco scribit, nec cognationem extra nuptias conjungi, contra quam ipse definit §.2. *ejusdem l.*4. Atque ita sentiunt Juris Canonici Interpretes, dum ex sponsalibus validis de futuro & ex concubitu illegitimo inducunt impedimenta dirimentia, quæ vocant justitiæ publicæ honestatis.

TEXTUS.

De servili cognatione.

10. *Illud certum est, serviles quoque cognationes impedimento nuptiis esse, si forte pater & filia; aut frater & soror manumissi fuerint.*

NOTÆ.

10. *Serviles cognationes*) Ex *l.* 14. §. 1. *ff. h. t.* idem, que observatur & in servilibus affinitatibus; *d. leg.* 14. §. 3. Nam in nuptiis naturale jus, & pudor inspicitur *d. l.* 14. §. 2. alias non facile ulla servilis videtur esse cognatio; *l.* 1. §. 1. *ff. und. cogn.*

Manumissi) Nam servorum inter se nullum matrimonium est. Utique tamen nec servile contubernium inter has personas permissum. VVes.

COMMENTARIUS.

Si ex quavis etiam illegitima consuetudine nascitur cognatio, quæ nuptiis impedimento sit, *leg. nuptiis* 57. *& seq. h. t.* consequens est, etiam ex servorum conjunctione cognationem hujusmodi nasci; *l.* 14. §. 2. *eodem*. Semper enim in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inspicitur: Natura autem omnes homines æquales sunt: adeoque quod in cognationibus servilibus constitutum est, etiam in servilibus affinitatibus observatur *d. l.* 14. §. 3.

Manumissi fuerint) Hoc non ita accipiendum est quasi ante manumissionem patri filiam, aut fratri sororem in contubernio habere liceat; sed ideo additum, quia de nuptiis hic quæritur, quas constat, inter personas serviles non consistere de hoc jure. Plane quia servi ob conditionis vilitatem digni non habebantur, quos lex observaret; ideo nec leges quibus pœna incestus aut adulterii constituta est, ad servos pertinere existimantur, ut proinde ne eadem severitate ob incestum aut violatum contubernium coercendi sint, qua cives Romani & legum nexu juncti; *l.* 6. *ad leg. Jul. de adult. leg. servi* 23. *c. quæ adulterium* 29. *C. eod.* Atque hoc est quod Paulus scribit *l.* 10. §. *de grad.* serviles cognationes ad leges non pertinere. Jure Pontificio etiam inter servos matrimonium est, *c.* 1. *x.* , *de conj. serv.*

TEXTUS.

De reliquis prohibitionibus.

11. *Sunt & aliæ personæ, quæ propter diversas rationes nuptias contrahere prohibentur, quas in libris Digestorum seu Pandectarum ex jure vetere collectarum enumerari permisimus.*

COMMENTARIUS.

Sunt *& aliæ personæ*) Quales sunt tutor vel curator, liberive eorum, qui cum pupilla vel adulta nuptias contrahere vetantur, ne videlicet eo pacto rationum redditio intervertatur; *l. tutor* 36. *& seqq. l. senatusconsulto* 39. *& seq. h. t. l.* 1. *& passim*, *C. de interd. matr. inter pup. & tut.* Item præses, vel qui officium in provincia administrat, provincialem uxorem ducere prohibetur, *l. si quis* 38. *l. qui in provincia* 57. *h. t. l. un. C. si quac. præd. pot.* Lege quoque Julia vetatur senator ducere libertinam, aut quæ ipsa, cujusve pater artem ludicram fecerit, *lege Julia* 44. *h. t.* Quæ cum hodie non obtinent, non est operæ pretium plenius persequi; vid. Rittersh. *lib.* 1. *diff.* 10. *n.* 22. Zip. *not. jur. Belg. de sponf. pr.* Grenevv. *de leg. abrog. C. si quac. præd. pot.*

TEX-

TEXTUS.

De pœnis injustarum nuptiarum.

12. *Si adversus ea, quæ diximus, aliqui coierint; nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt: sed tales sunt (quantum ad patriam potestatem pertinet) quales sunt ii, quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur; cum & iis pater incertus sit, inde solent* Spurii *appellari* παρὰ τὴν σπορὰν, *&* ἀπάτορες, *quasi sine patre filii. Sequitur ergo, ut dissoluto tali coitu, nec dotis, nec donationis exactioni locus sit. Qui autem prohibitas nuptias contrahunt, & alias pœnas patiuntur, quæ sacris constitutionibus continentur.*

NOTÆ.

12. *Nec vir nec uxor.*) Sunt enim hæc ὀνόματα, justi conjugii nomina. Pœna igitur communis omnium injustarum conjunctionum est, quod ipso jure tales nuptiæ nullæ sint: sicut nec cætera consistunt, quæ contra leges fiunt; *l. 5. C. de legib.* VINN. Sanctionem hanc ex lege Papia Poppæa esse, pridem observarunt Merill. *Obs. l. 5. c. 11.* & Jac. Gothofr. ad *l. Pap. Popp. c. 4.* Attamen hæc lex, quamvis injustas pronuntiaret nuptias contra leges contractas, easdem tamen non rescindebat. Hinc nec vir nec uxor quidem intelligebatur, sed tamen non divellebantur. Dos non intelligebatur, sed ea tamen non nisi mortua muliere caduca fiebat. Ulpian. Fragm. t. 16. §. *ult.* Primum ergo Oratione D. Marci cautum, ut inter hujusmodi personas nec nuptiæ essent, *l. 16. pr. ff. de rit. nupt. l. 3. §. 1. de donat. int. vir. & uxor. l. 42. §. 11. ff. de rit. nupt.* Ex eo ergo tempore hujusmodi uxor ne retineri quidem poterat. HEIN.

Nec dos) Matrimonium quidem sine dote esse potest, at dos esse non potest sine matrimonio, *l. 3. ff. de jur. dot.*

Quantum ad patriam potestatem) Comparatio natorum ex illegitimo matrimonio cum vulgo conceptis, quantum attinet ad patriam potestatem. In hoc spuriorum & injustorum liberorum par est conditio, quod sicut spuriis pater incertus est, ita qui nascuntur ex injusto coitu, patrem non habere credantur, quoniam licet patrem demonstrare possint, eum tamen habent, quem habere non licet, *l. 23. ff. de stat. hom.*

Cum & iis) Cujac. legit; *Cum & is pater incertus est.*

Quasi sine patre.) Non quod sine patre sint; ἀλλὰ δὲ πατρὸς οὐκ ὢν ἐκεῖνος ποτ' ἄν, ait Euripid. sed quoniam vulgivaga Venere natis pater incertus est. *Spurius* apud Romanos est proprium & primum nomen, sicut *Sextus*, *Decius*, &c. iisdemque notis & prænomen *Spurius*, & vulgo quæsitos designabant, nisi quod illud ita notabant SP. hos & S. P. interposito puncto. Hinc ex joco natum, ut vulgo concepti *Spurii* dicerentur; Plutarch. *quæst. Rom. c. 12.* Nescio an huc referenda sit elegans Inscriptio apud Grut. p. CCCCXXXIV. 4. ubi C. *MAMERCIUS JANUARIUS* dicitur SP. F. Non possunt hæ litteræ legi *SPURIUS FILIUS*, uti visum est Scaligero in Indice, quia non erat vulgo quæsitus, sed P. PACCII JANUARII FILIUS NATURALIS, ut ex ipsa inscriptione patet. E concubinis vero nati Spurii non dicebantur, nec parentes hoc vocabulum adscripsissent filio, in dignitate constituto, *Ædili*, *prætori*, *Duumviro*, & *Quæstori iterum*. Neque hæ litteræ legi possunt *Spurii filius*. Pater enim naturalis dicebatur Publius, non Spurius. Consequens ergo est, ut veteri more a Plutarcho observato vocetur S. P. FIL. id est, sine Patre filius. HEIN.

COMMENTARIUS.

1. *Refellitur error eorum, qui putant nuptias filiorumfamilias sine parentum consensu contractas accedente copula confirmari stando in hoc jure.*
2. *Extra nuptias quæsitos omnes quoad patriam potestatem pro vulgo conceptis & spuriis haberi.*
3. *Dotis aut donationis nomine ob injustas nuptias data, caduca fieri.*
4. *Prohibitarum nuptiarum pro varietate negotii & circumstantiarum varias esse pœnas.*

Illegitimæ conjunctionis ex hoc jure duplex pœna: nam & ipso jure tales nuptiæ nullæ sunt, & præterea qui ita coeunt, pro qualitate delicti castigantur. Primum dicimus, hujusmodi nuptias ipso jure non subsistere, sicut nec cætera subsistunt, quæ contra leges fiunt, *l. non dubium 5. C. de legib.* unde sequitur, quod hic ait Justinianus, nec virum, nec uxorem, nec matrimonium, nec dotem, in tali conjunctione intelligi; quippe quorum nominum usus est in justis nuptiis dumtaxat. Dubitari autem non debet, quin primis hujus §. verbis, *Si adversus ea*, &c. contineantur etiam nuptiæ filiifam. sine patris consensu contractæ, ut & ipsæ neutiquam de hoc jure consistant, *l. 1. h. t. fac. l. dotis 68. de jur. dot. l. 13. §. si quis 6. ad leg. Jul. de adult.* & liberi ex tali coitu suscepti injusti sint: quam in rem expressus textus est in *l. 11. de stat. hom.* (1) Atque hic locus vel unus sufficit ad refellendum eorum errorem, qui contendunt, nuptias sine patris consensu contractas, utut ab initio irritæ sint & nullius momenti, accedente tamen corporum conjunctione confirmari. Ait Paulus *d. l. 11.* liberos ex tali consortio natos injustos esse. An igitur existimant, etiam sine conjunctione corporum liberos nasci? Quid porro tam absurdum est, quam dicere, concubitum, rem sine matrimonio illicitam, confirmare actum ipso jure nullum, hoc est, efficere, ut ratum & justum sit hoc jure matrimonium, quod contra hoc jus contractum est? Atque hoc tantum non fatetur Franc. de Amaya. Hispanorum jurisconsultorum disertissimus, *l. 1. observ. jur. c. 4. n. 10. & 11.* quamquam *n. 12. & seq.* perperam Paulum interpretatur, quasi hoc Jurisconsultus sentiret, liberos conceptos ex matrimonio, quod quis sine patris consensu contraxit, natosque post mortem avi, hoc jure justos quidem non censeri ex tempore conceptionis, sed tamen tales esse a tempore nativitatis: quæ interpretatio tam a ratione juris, quam a mente & verbis Jurisconsulti plane aliena est. Nec juvatur, sed & refellitur illa ipsa, *l. 6. C. h. t.* quam ad confirmationem interpretationis suæ vir doctissimus affert. Occasionem errori dedit responsum Ulpiani, *leg. 1. §. ult. de liber. exhib.* quo tamen loco manifeste loquitur Jurisconsultus de nuptiis ab initio voluntate patris contractis: qui postea genero offensus pro potestate sua filiam vult abducere, & nuptias rite contractas dissolvere. Neque enim nuptias illas, si contra leges initæ fuissent, Ulpianus appellaret de hoc jure concordans & liberis subnixum matrimonium. Sic etiam, quod apud Paulum *2. sent. 19.*

§. 1.

§. 1. legimus, eorum, qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus matrimonia jure non contrahi, sed contracta non solvi; non ita accipiendum est, quasi ratum sit matrimonium, quod sine voluntate patris contractum est, loquendo de hoc jure; hoc enim diserte item Paulus negat, *d. l. 1. de stat. hom. & d. l. 2. h. t.* sed sine volente patre contractum sit; non ideo postea dissolvendum, quod pater in ea voluntate non perseveret, *l. cum hic status §. si socer, 19. de donat. inter vir. & uxor. l. 5. C. de repud.* D. Duar *ad t. sol. matrim c. 2. de nupt.* Et tamen etiam hoc casu pater justa causa interveniente filiam, licet renitentem & renitente genero, domum abducere potest, *d. l. 5. C. de repud.* Priscis temporibus etiam laxior hæc patris potestas fuit. *In Sticho* Plauti Antipho filias suas Panegyrin, & Pinacium ob hoc solum vult abducere, quod mariti paulo diutius abessent domo: ad quem Panegyris, *act. 1. scen. 2. v. 73. 74.*

Aut olim, nisi tibi placebant, non datas oportuit.
Aut nunc non æquum est abduci, patre, illisce absentibus.

Apud Nonium sic Afranius.

O indignum facinus adolescentis, optimas,
Bene convenientes, concordes cum viris,
Repente viduas faciat spurcitias patris.

In eamdem rem Cujac. *ad Nov. 22.* adduxit Ennii locum, ubi ita queritur filia:
Injuria ab te afficior indigna, pater;
Nam si improbum esse Cresphontem æstimaveras,
Cur me huic locabas nuptiis? Sin est probus,
Cur talem invitum invitam cogis linquere?

Quantum ad patriam potestatem) Comparatio eorum, qui ex injusto matrimonio nati sunt, cum iis, quos mater vulgo concepit, quoad patriam potestatem, cujus solius rei gratia hic de nuptiis quæritur, & neutri de hoc jure quoad hunc effectum patrem habere intelliguntur: quoniam nemo, respectu eorum, qui sunt juris civilis, filius intelligitur, nisi qui ex viro & uxore natus est; *l. 6. de his qui sui vel alien. jur. sunt.*

Cum & iis pater incertus sit) Hæc verba non obscure innuunt, non tantum vulgo quæsitos incertum habere patrem, sed etiam eos, qui sunt ex injustis nuptiis procreati. Et vulgo quidem conceptos patrem demonstrare non posse certum est. Unde Diogenes conspicatus meretricis filium lapidem in turba hominum conjicientem; *Cave*, inquit, *ne patrem ferias.* At nati ex ea, quæ cum uno tantum licet illicite rem habuit, non videntur dici posse habere incertum patrem; quod & verum est. Sed tamen, quantum ad patriam potestatem attinet (quod ideo etiam nominatim expressit Justinianus hic) non modo vulgivaga Venere concepti patrem habere non intelliguntur; verum etiam omnes, qui extra nuptias quæsiti sunt, licet patrem demonstrare possint, ex incerto tamen patre nati dicuntur, & pro vulgo quæsitis spuriisque habentur; *l. vulgo 23. de statu homin. l. 3. Cod. solut. matrim.*

Παρὰ τὴν σποράν) Apud Theophilum est, quasi σποράδην, id est *sparsim, vulgo, promiscue* concepti, quod magis probo cum VVesemb. & Hotom. Aliam hujus nominis rationem affert Plutarch. *in quæst. Rom. 11.* Scribit enim, hanc appellationem inde natam esse, quod Romani iisdem notis & prænomen *Spurius* & vulgo quæsitos designabant, nisi quod illud ita notabant SP. hos S. P. interposito puncto tamquam *sine patre*. Atque hinc est quod Hotom. & VVesemb. pro eo, quod vulgo legitur ἀπάτορας; *quasi sine patre filii*, substituerunt *quasi S. P.* idest, *sine patre filii*, quomodo & Theophilus legisse videtur.

Nec dotis, nec donationis) Quod dotis aut donationis nomine propter nuptias ob injustum conjugium datum est, caducum sit; id est, fisco vindicatur, *l. 4. auth. incestas, Cod. de inc. nupt. l. necesse, 52. l. dote 61. h. t. l. cum his status 32. §. ult. de donat. inter vir. & uxor.* Præterquam si qui aut errore acerrimo, non affectato, neque ex levi causa decepti sunt, aut ætatis lubrico lapsi; *de leg. 4. Cod. de inc. nupt.* In feminis etiam error juris excusatur, sed positivi dumtaxat; eoque referimus *l. 1. 1. C. de cond. ob caus. dat. l. 7. C. de don. inter virum & uxor. l. 2. §. 2. de his quibus ut indign.* add. Sich. *in d. ll. 4.* Christin. *volum. 1. decis. 337. & vol. 3. decis. 129. n. 6.*

Et alias pœnas) In magna delicti varietate variæ quoque pœnæ constitui debuerunt. Plurimum enim refert, an quis prohibitas juris gentium nuptias contraxerit, an jure civili dumtaxat: sciverit, an ignoraverit; in facto erraverit, an in jure; mas sit, an femina; major, an minor. Vid. *l. ult. h. t. l. 6. cum auth. seq. Cod. de inc. nupt. Nov. 12. leg. unic. Cod. si quæc. præd. pot.* quæ mulctam irrogat pecuniarum, infamiam *l. pen. C. de interd. matrim.* cum infamia pœnam stupri; *l. 18. Cod. de adult. si adulterium 38. §. 1. & seqq. eod.* & ibi Bart. & DD. ad Gloss. & DD. *ad hunc locum*; Covarr. *de matrim. p. 2. c. 6. §. 8.* Christin. *volum. 3. decis. 129.* Damhoud. *prax. crim. c. 94.*

TEXTUS.

De Legitimatione.

13. *Aliquando autem evenit, ut liberi, qui statim, ut nati sunt, in potestate parentum non sunt; postea redigantur in potestatem patris; qualis est is, qui dum naturalis fuerat, postea curiæ datus, potestati patris subjicitur: nec non is, qui a muliere libera procreatus, cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione dotalibus instrumentis compositis in potestate patris efficitur. Quod & aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.*

NOTÆ.

13. *Qui dum naturalis)* Natus ex concubina, non ex stupro, scorto, aut conjunctione legibus vetita; *Nov. 74. cod. 6.* Bal. *leg. 44. Cod. de Episc. & Cler.* Balsam, *ad Synod. Laodic.* in quo errat Theophil. Nam concubina legibus cognita non est meretrix.

Postea Curiæ datus) In curiam cooptatus, curialis factus; *leg. 9. Cod. de nat. lib.* Modus hic legitimandi manat ex constitutione Theodosii; *l. 3. Cod. de eod.* & Leonis, *leh. 4. eod.* deque eo latius agit Justin. *Nov. 89. capit. 2. & sequent.* Causam præbuere onera curialium. Theophylact. *in Marc. cap. 15.* Sozom. *1. cap. 8.*

A mu-

Ex muliere libera) Id est, ingenua; *l. 10. Cod. d. tit.* Idem tamen est, si est libertina vel ancilla; *Nov. 18. c. ult. Nov. 89. c. 8.* Cujac.

Dotalibus instrumentis) Id est, *nuptialibus*, ut in *d. l. 10.* & alibi sæpe. Tabulas autem necessarias esse arguunt quotquot sunt loci, in quibus de hac specie legitimationis agitur. In constitutionibus Græcis appellatur, *διὰ προικῴων γραμμάτων*.

Quod & aliis liberis, qui postea) Cujac. legit: *Quod, si alii liberi ex eodem matrimonio fuerint procreati, &c.* ut sit sensus: Liberos antea susceptos a Justiniano æquari postea natis, ut posteriores in hæreditate patris potiores non sint, sed una eademque lance trutinentur, ut est in *d. leg. 10.* Malim tamen legere cum Hotom. *Quod, etsi alii liberi nulli ex eodem matrimonio fuerint procreati, &c. §. 2. inf. de hær. quæ ab intest.* de quo dubitatum fuit propter *d. l. 10.* constat ex *d. l. 11. Cod. eod.* ubi hæc quæstio deciditur. Ut ut est, beneficio Principali non indigent, qui ex justis nuptiis procreati sunt. Introduxit postea Justinianus & tertium legitimationis genus per rescriptum Principis; *Nov. 74. cap. 2. Nov. 89. cap. 9. & 10.* VINN. Nec Cujacii, nec Hotomanni conjectura rem extricat. Nam expedivit amplissimus Corn. Van-Bynkersh *Obs. 2. 11.* rescribi jubens: *Quod ut aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.* Et ita hic §. plane congruit *legi 10. Cod. de naturalibus lib.* ad quam Justinianus hic respicit. HEIN.

COMMENTARIUS.

1. *Objectum legitimationis esse liberos naturales, nec tamen omnes, qui ita appellantur, aut appellari possunt.*
2. *Speciem legitimationis per oblationem curiæ ab usu recessisse.*
3. *An nepos ex filio naturali per subsequens matrimonium avi, defuncto patre, avo fiat legitimus?*
4. *Legitimationem jure civili non procedere, nisi intervenientibus instrumentis nuptialibus; secus jure Can. quod mores hodierni sequuntur.*
5. *Matrimonium in articulo mortis contractum apud nos justum non haberi sine dispensatione.*
6. *De legitimatione per rescriptum Principis.*

TRansit hic Imp. ad alterum modum constituendæ patriæ potestatis, quæ legitimatio dicitur, eo quod liberi extra nuptias suscepti hoc modo efficiuntur legitimi, & patris potestati subjiciuntur. Species legitimationis tres sunt; nam aut per curiæ oblationem fit: aut per subsequens matrimonium; aut denique per rescriptum Principis: quarum duæ priores hic tantum proponuntur: tertius enim modus est ex legibus novellis. Sunt qui quartam speciem adjiciunt, Gudel. *lib. 1. de jur. noviss. c. 16.* Perez *ad tit. Cod. de natur. lib. n. 16.* Nominationem filii in testamento aliove instrumento habente subscriptionem trium testium a patre factam; *Nov. 117. cap. 2.* unde *auth. si quis Cod. de nat. lib.* Sed ea probatio potius est matrimonii, & præsumptio pro liberis, non quod facti, sed quod nati sint legitimi, quam proprius modus legitimandi.

(1) *Qui dum naturalis* Objectum legitimationis sunt liberi naturales: non omnes tamen qui ita appellantur, aut appellari possunt. Nam primum huc non pertinent liberi ex justo matrimonio nati, qui & ipsi nobis naturales sunt, & ita appellari solent, quando adoptivis opponuntur; *pr. & §. sed si 7. tit. seq. §. 2. inf. de hær. quæ ab int. l. si pater: 29. leg. non potest, 31. de adopt.* Plerumque autem naturales liberi dicuntur, qui non sunt nati ex legitimo matrimonio; *tot. tit. Cod. de nat. lib.* Cæterum nonnulla hic inter patrem & matrem differentia est. Matri omnes sunt naturales, etiam ex illicitis & incestis nuptiis procreati, etiam vulgo quæsiti qui & matri succedunt ex SC. Orficiano, *§. pen. inf. de SC. Orf.* Patri illi dumtaxat, qui ex concubina suscepti; *arg. hujus §.* DD. *in leg. pen. de concub.* post Gloss. *ibid.* Quando autem iidem DD. requirunt, ut mulier specie uxoris habeatur in domo, negantque in hoc argumento patri naturales esse qui foris suscepti sunt, aut etiam domi ex famula, usus non observat; adeoque apud nos meliore conditione non est concubina, quam quævis alia, quæ corporis sui potestatem alicui facit, teste Div. Grotio *1. manuduct. 12.* Igitur qui ex stupro, aut alia conjunctione, quam leges improbant, nascuntur, patri hi naturales non sunt, sed similes illis, quos mater vulgo concepit; quos constat non esse objectum legitimationis, cum nec patrem demonstrare possint; *§. præc.* Quamvis inspecta rei veritate, omnes qui ex nobis nati sunt, licet vulgo quæsiti, nobis sunt liberi naturales: atque in iis, in quibus jus naturale inspicitur, ut in contrahendis nuptiis pro talibus habeantur; *leg. 14. §. 2. hoc tit.* De natis ex contubernio servili nihil attinet dicere, cum eorum nulla mentio fiat in hac materia. Melior tamen eorum conditio fuisse videtur quam natorum ex concubina: quia etiam jus succedendi iis datum est una cum liberis legitimis; *inf. de serv. cogn. in fin. pr.* Jure Can. ut supra dictum est, etiam inter servos matrimonium est. Nobis ut servitus incognita, & ita & servile consortium. Objectum igitur legitimationis sunt liberi ex concubina nati: quod & legibus concubinatus permittitur, & ex eo nati certum patrem habent.

(2) *Postea curiæ datus*) Primus legitimandi modus est oblatio Curiæ. Curia in municipiis & coloniis idem erat quod Romæ Senatus, & Decuriones, qui Senatores: inde dicti, quod ex iis, qui in coloniam deducebantur, decima pars Consilio publico sive Curiæ adscribebatur, auctore Pompon. *leg. pupillus 239. §. decuriones 5. de verb. sign.* In Impp. constitutionibus vulgo *Curiales* appellantur. Causam hujus legitimationis impulsivam fuisse Hotom. scribit inopiam Decurionum, eaque onera, quæ huic ordini alioquin honorifico satis gravia incumbebant, quibusque mancipabantur; ita ut nec ipsi, nec eorum liberi inde eximi potuerint, nisi certis modis; vid. *l. 4. l. 4. l. 9. Cod. de nat. leg.* Naturalis quoque filia si curiali uxor a patre data esset, jus filiæfam. adipiscebatur, *dict. leg. 3.* De hoc legitimandi modo latius agit Justinianus *Nov. 89. cap. 2. & seqq.* nobis incognitus est; atque ab usu eum recessisse testantur Mich. Grass. *§. successio quæst. 19. n. 19.* Gudelin. *1. de jur. nov. 16. in fin.* D. Kinschot. *de rescr. Gr. tract. 16. cap. num. 1.* Christin. *vol. 3. decis. 145. num. 18.* VINN. Ita vulgo curiæ dationem interpretantur, ac si decuriones facti, essent illi liberi naturales, quos pater curiæ obtulisset. Sed alii sunt curiales, alii decuriones. Hi in dignitate vivebant: illi curiæ erant obnoxii. *l. 5. Cod. de decurion.* adeoque curiæ serviebant *l. 50. Cod. eod.* periculo suarum facultatum *l. 60. & 64. Cod. eod.* & hinc nec alienare pote-

poterant paternas facultates l. 4. *Cod. de nat. liberis*, nec militiæ adscribi *l.* 17. *C. de decur.* nec conditionem propriam relinquere, tot. t. *Cod. Th. de his qui condit. propr. reliqu.* l. 12. t. 18. quæ conditio curialis etiam filios sequatur *l.* 7. *Cod. Th. de decur. l.* 12. t. 1. quin & qui curialis filiam duxerat, & hæres, non exstantibus liberis, fuerat factus, curiæ mancipabatur; *l.* 124. *Cod. Th. eod.* Curiæ itaque obnoxii fiebant illegitimi, a patre oblati, non statim decuriones, quos a curialibus ipse Jac. Gothofredus in *paratitlis ad Cod. Th. de decur.* non satis distinxit. Vid. Merill. *Obs. l.* 7. *c.* 26. *p.* 109. HEIN.

Nec non is, qui ex muliere libera) Secundus legitimationis modus est, cum pater concubinam, ex qua liberos naturales habet, uxorem ducit. Nuptiarum quidem per se hæc vis est, ut liberi ex iis nati legitimi sint & in potestate patris; sed ut ante nati nuptiis subsecutis legitimi fiant, extrinsecus nuptiis accedit, & a beneficio legis est, cujus solius potestate legitimi censentur. Vide de hoc originis paternæ confirmandæ modo, *l.* 10. *Cod. de natur. lib. Nov.* 89. *cap.* 8.

Cujus matrimonium minime interdictum) Hoc ex eo necessario efficitur, quod concubina uxor ducenda est. Satis est autem, ut uxor esse possit, licet ad tempus impediatur: veluti si Præses provincialem in concubinatu habuerit, & finita administratione provinciæ eam uxorem ducat, *leg. ult. de concub.* (3) Nepotem etiam per subsequens avi matrimonium defuncto jam patre legitimum avo fieri censent Covarruv. *de matrim. p.* 2. *cap.* 8. §. 2. *n.* 22. & *seq.* Chassan. *ad consuet. Burgund. titul. de success. rubr.* 8. §. 5. n. 42. & *seq.* Fachin. 3. *contr.* 56. Div. Tulden. *comm. hic cap.* 4. & *ad t. Cod. de natur. l. num.* 4. Quod ego non video, quomodo procedere possit. Nam aut nepos & ipse naturalis est, & legitimus effici non potest ne patre quidem vivente, nisi pater ipse suam concubinam uxorem duxerit: inauditum autem est, filium naturalem succedere in locum patris sui, & perinde legitimam fieri, avo concubinam unde pater natus est, uxorem ducente, ut ipse filius fieret, si viveret; aut natus est nepos ex justa filii uxore, & legitima plane persona est, incognitaque jure nostro legitimatio ejus, qui jam legitimus est, ad solum effectum succedendi. Sed & filio defuncto sublatum est medium, per quod matrimonii ab avo contracti effectus ad nepotem pertingat: falsum enim est, quod præsupponunt, legitimationis hujus hanc esse vim, ut retrohatur tempus nuptiarum ad tempus nativitatis. Nam si hoc verum esset, necessario sequeretur, filium ex concubina natum in jure primogenituræ præferri filio postea suscepto ex legitima uxore mortua ante nuptias cum concubina contractus; de quo Tiraquel. *de jur. primog. quæst.* 34. Joann. Christ. *diss.* 3. *de matrim. quæst.* 23, item liberos etiam non consentientes legitimos fieri; contra *Novel.* 89. *cap.* 1. Nihil in contrarium facit, quod quis nepotem adoptare possit; etiamsi filium non habeat, §. *licet* 5. *t. seq.* Nam a diversis nulla illatio est, & omnino matrimonium cum concubina non potest legitimare liberos nisi ex ipsa concubina natos: quæ & communior sententia est. Vid. Gail. 2. *obs.* 141. *num.* 2. Val. Foster. *tract. de succ. ad int. lib.* 1. *quib. caus. hi off. cess.* Bacgov. *in Treutl. vol.* 1. *disp.* 2. *thes.* 7. VINN. Sequitur Vinnius Bachovium, sed utriusque argumentis jam satisfactum a B. Hubero *in Præl. ad ff. lib.* 1. t. 7. §. 10. HEIN.

Dotalibus instrumentis) Dotalia instrumenta hic accipere debemus instrumenta quævis nuptialia, etiamsi de dote dandi nihil in iis cautum sit; alioqui sequeretur, natos ex paupere concubina, quæ dotem dare non possit, hoc modo legitimari non posse, quod perquam durum est. Et Justinianus *l.* 10. *Cod. de natur. lib.* promiscue hisce vocibus utitur, & alibi sæpe hæc instrumenta nuptialia γαμικὰ συμβόλαια vocat dumtaxat, §. 2. *insr. de hæred. quæ ab int. Nov.* 74. (a) Quod autem in omnibus iis locis, in quibus de hac legitimatione agitur, horum instrumentorum perpetuo meminit; satis firmum argumentum est, iis non intervenientibus liberos ante natos non fieri legitimos. Verum quidem est, matrimonium solo consensu perfici: sed hic non tam quæritur de matrimonio contrahendo, ejusque contracti propria vi & potestate, quam de effectu speciali legitimationis, quem matrimonium non ex se, sed legis auctoritate habet, quæ solemnitatem instrumentorum ad id desiderat: haud dubie, ut liquido & perpetuo constare possit, non tantum an ea quæ concubina fuit, maritali postea affectu & præ uxore habita sit: verum etiam an liberi & quinam legitimati fiat, quod instrumento omnino inserendum, cum non alii, quam qui volunt, legitimentur, *Nov.* 89. *c.* 11. Male igitur argumentatur Ant. Matth. *Coll. Inst.* 2. *disp.* 1. *thes.* 25. Jure autem Can. instrumenta nuptialia intervenire necesse non est; *c. tanta*, 6. *x*, *qui fil. sint legit.* sicuti nec moribus nostris, D. Tuld. *comm. hic c.* 11. Perez. *ad tit. C. de nat. lib. n.* 8. Christ. *vol.* 1. *decis.* 310. *n.* 11. & *seq.* quod tamen cum dicimus, non excludimus publicas futurarum nuptiarum denunciationes, quæ in Ecclesiis ex scripto recitandæ, *art.* 3. *ord. pol.* (5) Matrimonium etiam in articulo mortis cum concubina contractum liberos ex ea susceptos retro legitimos fecit: Gail. 2. *obs.* 141. *n.* 8. D. Tuld. *ad t. C. de nat. lib.* quod tamen apud nos non procedit sine dispensatione propter *d. arg.* 3. *ordin. pol.*

Quod & aliis liberis, qui postea) Vitiosa procul dubio hæc lectio est. Quis enim dubitet, eos liberos, qui ex justis nuptiis procreati sunt, legitimos esse? Quamobrem cum Hotom. lego: *Quod, etsi nulli alii liberi ex eodem matrimonio nati fuerint*, &c. de quo dubitari poterat propter constitutionem Justiniani in *l.* 10. *C. de nat. lib.* & dubitatum fuisse constat ex *l.* 11. §. *eod.* ubi hæc controversia deciditur, ad §. *insr. hæred. quæ ab inst.*

(6) Tertium genus legitimationis postea accessit, nempe quæ fit per rescriptum Principis. Per rescriptum Principis legitimantur liberi naturales ad supplicationem patris, qui legitimam prolem non habet, & concubinam uxorem vel non potest ducere, puta quia mortua sit, aut se subducat, vel non honeste potest, ob vitæ scilicet turpitudinem, *auth. præterea*, *Cod. de nat. lib. Nov.* 74. *c.* 2. *Nov.* 89. *c.* 9. & 10. vel ad supplicationem filii, si pater eum hæredem instituit, vel testamento dixerit, desiderare se, ut naturalibus restituatur; *d. c.* 10. Potest sane Princeps ex plenitudine potestatis filium naturalem legitimum facere, etiamsi pater legitimos liberos habeat, aut matrimonium cum matre inire possit. Cæterum non intelligitur Princeps velle facere, nisi rescripto id nominatum comprehensum fuerit; Mynſ. 1. *obs.* 31. Gail. 2. *obs.* 142. *n.* 8. Perez. *ubi sup. n.* 12. Plane non rescinditur legitimatio semel concessa, quamvis postea ex justo matrimonio soboles patri agnascatur; D. Tuld. *ubi sup. n.* 5. Hæc legitimatio tantum in bo-

bonis legitimantis tribuit legitimatio, quantum liberis legitimis jus naturæ; *dec. Sup. Cur. Holl.* 10. Cognatos autem non tangere exceptis iis, qui in eam consentiunt; neque ad feuda pertinere, nisi id quoque nominatim cautum sit, notat Div. Grot. 1. *manud.* 12. add. Mynf. 5. *obs.* 42. D. Kinschot. *d. tract.* 6. *c.* 5. *n.* 2. Paulo plenius de hac specie legitimationis, deque clausulis, quæ rescriptis inseri nunc solent, tractat Div. Gudelin. *de jur. noviss. lib.* 1. *c.* 15. add. D. Christ. *vol.* 1. *decis.* 199. *n.* 18. & *vol.* 2. *dec.* 145. D. And. Gail. *dict. obs.* 142. VINN. Quæ de effectu, quæ ad feuda, addidit Vinnius, ea non obtinent, nisi princeps legitimans simul sit feudi dominus. Immo ne tunc quidem admittuntur legitimati, nisi deficientibus agnatis, quibus jus semel quæsitum sine injuria adimi nequit 2. *Feud.* 26. Schrad. *part.* 7. *c.* 5. *n.* 23.

TITULUS UNDECIMUS.

DE ADOPTIONIBUS.

D. L. 1. *Tit.* 7. *C. Lib.* 8. *Tit.* 48.

1. *Continuatio, & summa tituli; tum quid sit adoptio, & quam antiqua ejus origo?*
2. *Hodie adoptionem ab usu recessisse; sed in Germania aliisque nonnullis provinciis receptam unionem prolium, adoptionis quoddam simulacrum.*

(1) EXpositi sunt in superiori titulo duo priores modi constituendæ patriæ Potestatis; nuptiæ & legitimatio: sequitur nunc tertius, adoptio. Adoptio est actus legitimus, quo in jus & locum filiorum famil. adsciscimus eos, qui nobis extranei sunt, in solatium eorum, qui liberos non habent, πρὸς τὴν παραμυθίαν ἀπαιδίας, inventus. Græcis vocabulo significantiore dicitur υἱοθεσία. Genus est actus legitimus sive legis actio; *l.* 3. *l.* 4. *h. t. l.* 1. *Cod. eod.* quæ quid sit, dicemus inferius §. 1. *hujus tit.* Sequentia differentiam continent qua hic actus a reliquis legis actionibus discernitur; quales sunt emancipatio, manumissio, & si quæ sunt similes. Postrema verba finem indicant, quem etiam Theophilus expressit, & indicat Ulpian. *l.* 15. §. 2. *hoc t.* itemque Cicero *orat pro dom. sua*. Tria autem fere sunt, quæ *h. t.* tractantur. Primum dividitur adoptio in duas species, quæ suis definitionibus explicantur: tum docetur, qui adoptare/adoptarive possint; postremo quæ sit vis utriusque adoptionis ostenditur. Origo adoptionis antiquissima est. Non enim Romani solum, verum etiam Græci in solatium orbitatis filios sibi adsciscere solebant; ut ex Æginetico Isocratis, & Plutarcho *in Theseo* liquet. Apud Hebræos quoque & Assyrios, atque Ægyptios in usu fuisse adoptionem, testes sunt Joseph. 1. *antiq.* 15. Berof. *l.* 5. *de florat.* Diod. Siculus 4. *Biblioth.* Moses a filia Pharaonis adoptatus traditur *Exod. c.* 2. Nec Franci olim, nec Longobardi usum adoptionis ignorarunt; ut ex Paulo Diacono & Trithemio observavit Gregor. Tholosanus *l.* 10. *syntagm. c.* 6. Cæterum hodie in hisce regionibus jure veteri adoptionis non utimur; nam adsciti a nobis non pro liberis, sed pro alumnis sunt; hoc est eo loco, quo sunt liberi alieni, quos in nostros enutrimus: quos quidem nihil probibet etiam hæredes instituere, ut quemlibet extraneum; liberorum autem jure non censentur, nec agnationis. Apparet hoc ex effectis: nam & nuptiæ inter has personas consistunt, sicut cum alumna jure civili; *leg. si quis* 16. *C. de nupt.* Quo tamen jure neque filia patri adoptivo, neque soror adoptiva fratri, qui in ejusdem patris potestate sit, nubere potest; §. 1. & 2. *præced.* Et necesse non est eas hæredes instituere aut exhæredare, ut jure Romano liberos adoptivos: §. *adoptivi* 4. *inst. de exhær. lib.* Nam ad successionem ab intestato vocantur, vel ut liberi, vel ut agnati, aut cognati. De moribus harum regionum testantur Grot. 1. *manud.* 6. Gudelin. 1. *de jur. nov.* 15. Christin. *vel dec.* 185. De consuetudine Galliæ Mansver. *de prob. n.* 34. Tiraq. *tract. de retract. glos.* 8. §. 1. ubi tradit, nec jus gentilitii retractus adoptatis competere, & Greg. Tholos. *ubi supr.* Fallitur ergo Did. Eguin. Baro, dum ea, quæ de adoptionibus jure Romano constituta sunt, adhuc valere debere ideo contendit, quod nihil de iis comprehensum sit legibus Gallorum propriis, constetque inter Pragmaticos, quod jure proprio definitum non est, jure communi, hoc est Romanorum dirimi, quo etiam constitutiones Principum nos identidem remittunt. Etenim non minus de eo inter omnes Pragmaticos convenit, si quando Principes jubent, jus Rom. sequi ubi propriæ leges deficiunt, id ita accipiendum esse, ut locum dumtaxat habeat, si jus Romanum generali & manifesta desuetudine abrogatum non sit. Nam neque de servis quicquam cautum propriis plerarumque regionum legibus reperimus; an ergo idcirco dicemus servitutem ibi tacite approbatam censeri? Quod ideo monere visum est, ne quis in hujusmodi controversiis hoc argumento sibi imponi patiatur. In Germania passim, & nonnullis aliis provinciis consuetudine recepta æstimatio quædam adoptionis, conjunctio sive unio prolium quas conjuges ex diversis matrimoniis susceperunt. In hoc contractu & Magistratus auctoritas intervenire debet, & exacta cognitio adhiberi, præsentibus & consentientibus consanguineis, tutoribus & curatoribus, qui provideant, ne res ad concordiæ vinculum comparata discordiam inter liberos excitet in nimia facultatum inæqualitate; Div. Andreas Gail. 2. *obs.* 125. VINN. Multa hic accumulat Vinnius, quæ vix admittenda sine examine. Nam 1. quæ de Usu pragmatico adoptionis dicit, non dixerim, si quis hodie extraneum arrogaverit solemniter, illum hunc non filium, sed alumnum habiturum. In Germania saltem eo casu omnes effectus adoptionis & arrogationis obtinere & ipse observavi, & jam pridem exemplis docuit B. Strykius *in Usu ff. ad t. de adopt. & de Cap. minut.* Idem de Frisia nostra adfirmat B. Huber. in *Prælect. ad Inst. h. t.* §. 14. Ubi itidem exemplum illustre. 2. Vix puto in provinciis his, ubi postremis demum sæculis jus Romanum receptum est, quærendum esse, an jus Romanum abrogatum? Sed an quatenus in hac vel illa materia receptum sit? sic sane Jura de servis, quæ exempli loco adfert Vinnius, non desuetudine apud nos abrogata, sed numquam recepta sunt, quippe quæ non congruebant statui rerum publicarum septentrionalium. 3. Unio prolium & in ipsa Germania rarissima, vix quidquam commune habet cum adoptione, quia non est modus constituendi patriam potestatem, sed pactum successorium, qualia inter Germanos plurima recepta sunt. HEIN.

TEX-

TEXTUS.

Continuatio.

Non solum autem naturales liberi secundum ea, quæ diximus, in potestate nostra sunt, verum etiam ii, quos adoptamus.

NOTÆ.

Quos adoptamus) *leg.* 1. *ff. hoc tit.* Ulpian. *tit.* 8. Est autem adoptio actus legitimus; *leg.* 77. *de regul. juris*, quo in locum filii adsciscimus eum, qui nobis extraneus est, ad eorum, qui liberos non habent, solatium inventus. Theoph. Græcis verbo significatiore dicitur υἱοθεσία. Origo ejus antiquissima. Vid. Greg. Tholos. 10. *syntagm. cap.* 6.

COMMENTARIUS.

Filiosfamil. non solum natura, verum etiam adoptiones faciunt, *l.* 1. *hoc tit.* Per naturales liberos hoc loco intelligi oportet eos, qui sunt ex justis nuptiis procreati; ea enim perpetua est naturalium liberorum significatio, cum opponuntur adoptivis, utpote legitimis tantum, & diversæ ejudem generis speciei; §. *sed si* 7. *inf. eodem*, §. *adoptivi* 4. *infr. de exhæred. lib*: §. 2. *infr. de inoffic. test. l. non potest* 31. *hoc tit. l.* 2. §. *lib.* 6. *ad Senatusc. Tert.* At cum naturales opponuntur legitimis in genere; qui legitimi non sunt, significantur, & naturales dumtaxat, §. *ult. superioris*, *tot. C. de natura lib.* quod & in voce parentis naturalis similiter observandum.

TEXTUS.

Divisio adoptionis.

1. *Adoptio autem duobus modis fit: aut Principali rescripto, aut imperio Magistratus. Imperatoris auctoritate adoptare quis potest eos, easve, qui, quæve sui juris sunt, quæ species adoptionis dicitur adrogatio. Imperio Magistratus adoptamus eos, easve, qui, quæve in potestate parentum sunt: sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis.*

NOTÆ.

1. *Duobus modis*) Ex Cajo *leg.* 2. *ff. hoc tit.*

Principali rescripto) Hoc stante Republica auctore populo fiebat comitiis curiatis. Gell. *lib.* 5. *cap.* 19. Gruch. 4. *de comit. Rom.* 3.

Imperio Magistratus) Apud quem est legis actio: *l.* 4. *eod. leg.* 1. *Cod. eod. leg.* 3. *ff. de offic. proconf.* Hæc species generis nomen retinet ut sæpe alias, cum proprium nomen deest. Boetius ad topic. Cic. *lib.* 2. *Fit vero id sæpe, ut species iisdem nominibus nuncupentur, quibus & genera.*

COMMENTARIUS.

1. *Adrogationes olim non nisi auctore populo comitiis curiatis fieri solitas: & ideo mutato statu Reipubl. Principis auctoritatem in hoc actu necessariam fuisse.*
2. *Adoptio in specie apud quos, quo ritu olim fieret, & quomodo nunc fiat?*

Duæ sunt species adoptionis, quarum altera Adrogatio dicitur, altera, quia proprio caret generis nomine, adoptio appellatur, quod in jure nostro frequenter usuvenit. Nam cum plura sint negotia, quam vocabula; *leg.* 4. *de præscr. verb.* sæpe fit, ut verba, quæ vi sua generalem significationem habent, ex instituto loquentis certam speciem indicent; eam nimirum quæ proprio nomine destituitur, & cui fere cum specie ejusdem generis, quæ proprium nomen habet, opponi aut apponi solet, ut observare licet in vocibus cognationis, servitutis, contractus, actionis, & sexcentis aliis. (1) Adrogatio est adoptio eorum, qui sunt sui juris, facta auctoritate Principis. Duo igitur sunt hujus adoptionis propria: primum, quod eorum tantum est, qui sui sunt juris; alterum, quod fieri debet auctoritate Principis. Cur vero Principis auctoritas in hoc actu necessaria? Nimirum quia antea populi fuit. Nam jure a majoribus prodito, nemo qui sui juris erat, in alienam potestatem transire poterat, nisi populus auctor fieret. Comitia præbebantur curiata, arbitri erant Pontifices; formula hæc: *Velitis, jubeatis, Quirites, uti L. Valerius L. Titio tam jure legeque filius sibi siet, quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset: utique ei vitæ necisque in eo potestas siet, uti patriendo filio est.* Gell. 5. *cap.* 19. Gruch. 3. *de comit. Rom.* 3. Porro rogabatur & qui adoptabat, & qui adoptabatur; ille: An vellet eum quem adoptaret sibi justum filium esse: hic, An id fieri pateretur: unde & adrogationem dictam esse scribit Cajus *l.* 2. *hoc t.* Et haud dubie inde est, quod adrogari non potuit nisi jam vesticeps: nam impubes, quem investem dicebant, auctor in eam rem propter ætatem fieri non poterat, neque tutoribus tanta erat potestas, ut caput liberum fidei suæ commissum alienæ ditioni subjicerent. Et quia cum feminis nulla comitiorum communio erat, nec mulier adrogari poterat: Gell. *dict. loc* Cic. *pro dom.* Hæc, inquam, stante adhuc Repub. cujus statu mutato, quod jus populi fuit, Principes usurparunt, ex quorum rescriptis & feminæ & impuberes etiam adrogari cœperunt; *l. nec ei* 16. *cum seqq. hoc tit.* Ulpian. *tit* 8. §. 4. Adoptio in specie eorum est, qui sunt in potestate, fitque auctore patre, qui in potestate habet apud Magistratum, apud quem est legis actio; *leg.* 4. *hoc tit. leg.* 1. *Cod. eod. de off. proconf.* Legis actio est id, quod fit ex præscripto & forma legis cum solemnibus ad rem aliquam peragendam constitutis: quibus solemnibus peragendis, si lex Magistratum designaret, penes eum dicebatur esse legis actio. Cæterum etiam apud Principem recte lege agi ostendit *leg. ult. Cod. de his qui a non dom. man.* Et quemadmodum hujusmodi actus, cum sint voluntariæ jurisdictionis, quivis alius Magistratus apud se expedire potest, *leg.* 4. *hoc tit. l.* 2. *de off. præt.* ita & Princeps tamquam summus Magistratus. Quo pertinet, quod de Augusto refert Suetonius, *cap.* 64. *Cajum & Lucium*, inquit, *adoptavit domi per assem & libram emptos a patre Agrippa.* De hac specie adoptionis ita scribit Gell. *dict. loc. Adoptantur, cum a parente, in cujus potestate sunt, tertia mancipatione in jure ceduntur, atque ab eo qui adoptat, apud quem legis actio est, vindicantur.* Intervenìebant tres mancipationes, sed duæ tantum manumissiones, *l. ult. Cod. hoc tit.* Nam si filius ter venditus, tertio quoque manumissus fuisset, ut in liberorum emancipatione sui juris tertia manumissione factus esset. Itaque tertio ita vendebatur, ac mancipabatur adoptatori, ut ei in jure cede-

cederetur, isque illum tamquam filium suum assereret: & jure Quiritum ad instar quodammodo servi vindicaret: quod jus patrem ex lege Quiritum habuisse testatur Ulpian. *l. 1. de rei vind.* Cæterum tres hæ mancipationes & duæ manumissiones in filiorum dumtaxat adoptionibus necessariæ erant: filiæ autem & cæteri liberi una tantum mancipatione e potestate patris sui exibant, & potestati patris adoptivi subjiciebantur, *d. leg. ult. Cod. hoc tit.* Quæ omnia, procedente tempore per imaginariam mancipationis solemnitatem expediri cœperunt, *§. 6. tit. seq.* Quæ & ipsa postea a Justiniano sublata, constitutumque, ut pater, qui liberos suos in adoptionem dare desiderat, hoc ipsum actis intervenientibus solummodo apud competentem judicem manifeste præsente eo, qui adoptatur, & non contradicente: nec non eo præsente, qui adoptat, *d. l. ult. & §. antepen. inf. eod.* De mancipationibus solemnibus studiosi antiquitatis consulant Boet. *in Top. Cic.* Ræward. *cap. 16. ad leg. 12. Tab.* Brisson *lib. 1. antiq. cap. 7. de legis actionibus, & lib. 4. antiq. cap. 20.* VINN. Recte quidem Vinnius rationem reddidit, cur arrogationes fieri oportuerit auctoritate Principis, quia nimirum antea auctoritate populi opus fuerit: sed cur populus olim jusserit arrogationes, & Pontificum quoque adhibita fuerit auctoritas, paucis addendum. Homo sui juris erat civis; adeoque caput de civitate non poterat eximi, nisi auctore populo. Deinde arrogatus fiebat hæres. Leges vero de hæreditate intestatorum non poterant nisi alia lege mutari, uti acute docuit ὁ πάνυ Bykershoek *Observ. lib. 2. cap. 2. pag. 113.* Pontifices vero adhibebantur, non ob jusjurandi religionem, uti existimavit Joann. Vinc. Gravina *de lege XII. tab. §. 85. p. 452.* sed quia arrogatus particeps fiebat sacrorum gentilium: quæ notio Pontificum erat. Cic. *pro domo c. 13.* Omnia hæc non erant necessaria, postquam Imperatores munia legum, Magistratuum, immo & Pontificum ad se traxerant, nullo adversante. HEIN.

TEXTUS.

Qui possunt adoptare filiumfamilias vel non?

2. *Sed hodie ex nostra constitutione, cum filiusfamilias a patre naturali extraneæ personæ in adoptionem datur, jura patris naturalis minime dissolvuntur; nec quicquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est: licet ab intestato jura successionis ei a nobis tributa sint. Si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel si ipse pater a naturalis fuerit emancipatus, etiam avo vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem; in hoc casu quia concurrunt in unam personam & naturalia & adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi, & naturali vinculo copulatum, & legitimo adoptionis modo constitutum, ut & in familia & in potestate hujusmodi patris adoptivi sint.*

COMMENTARIUS.

Olim quavis adoptione jus patris naturalis extinguebatur, isque, qui in adoptionem etiam extraneæ personæ dabatur, in patris adoptivi familiam & potestatem transibat. Ex quo jure cum non levia incommoda consequi Justiniano viderentur, propterea quod fieri poterat, ut filius & patris naturalis successionem amitteret propter adoptionem, & patris quoque adoptivi, adoptione per emancipationem soluta, *§. sed ea omnia 14. infr. de hær. quæ ab intest. l. pen. C. hoc tit.* (ego unum tantum casum invenio, nimirum si filius post mortem patris naturalis emancipatus esset, *§. ubi 10. inf. d. tit.*) His incommodis sic occurri posse credidit, si jura patris naturalis integra servarentur, quando filius extraneæ personæ in adoptionem daretur: quod & effecit constitutione sua, *d. l. pen.* Extraneam autem personam intelligit omnem, quæ extra lineam parentum sit: unde qui a patruo aut avunculo sunt, perinde haberi debent ac si a quovis extraneo adoptati forent.

Licet ab intestato jura success.) Hoc ei a Justiniano specialiter tribuitur. Cæterum impune a patre hujusmodi adoptivo præteriri potest, alio hærede instituto, *d. l. pen. §. se ne, 1. d. §. sed ea omnia 13. infer. de hær. quæ ab intest.*

Etiam avo vel proavo simili modo paterno vel materno) Legendum) *Etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno*; non tam quia ita legitur in *d. l. pen.* unde hæc transumpta sunt, quam quod hanc lectionem flagitat manifesta ratio juris.

Legitimo adoptionis modo constitutum) In *dict. l. pen.* legitur: *Legitimo adoptionis modo constrictum*. Notant hic Interpp. duo vincula fortius ligare, quam unum. Sed aliud significare voluerit Justinianus, nempe, concurrente hujusmodi naturali vinculo cum civili adoptionis, cessare metum superioris incommodi.

TEXTUS.

De Adrogatione impuberis.

3. *Cum autem impubes per principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio fieri permittitur; & exquiritur causa adrogationis, an honesta sit, expediatque pupillo, & cum quibusdam conditionibus adrogatio fit: id est, ut caveat adrogator personæ publicæ (si intra pubertatem pupillus decesserit) restituturum se bona illis, qui, si adoptio facta non esset ad successorem ejus venturi essent. Item non aliter emancipare eum potest adrogator, nisi, causa cognita, dignus emancipatione fuerit: & tunc sua bona ei reddat. Sed & si decedens pater eum exhæredaverit, vel vivus sine justa causa emancipaverit, jubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere, videlicet præter bona, quæ ad patrem adoptivum transtulit, & quorum commodum ei postea acquisivit.*

NOTÆ.

3. *Causa cognita*) Causæ cognitio olim a Collegio Pontificum, Cic. *pro dom. c. 13.* hodie a Magistratu exercetur, adhibito consilio propinquorum & tutoris auctoritate, *l. 2. C. eod. l. ult. C. de auct. præst.* in adrogatione puberum, etiam curatoris, *l. 8. ff. h. tit.* Quibus in rebus versetur, docet Ulp. *l. 15. §. pen. & util. l. 17. per tot. eod.*

Personæ publicæ) Manuscripti, testibus Cujac. Hor. Pac. *Personæ publicæ, id est, Tabulario*, Theophil. τῷ δημοσίῳ προσώπῳ τουτέστι τῷ ταβουλαρίῳ. Tabulario autem non agnatis, quoniam certum est, quis tempore mortis populi proximior futurus sit, eique ab intestato successurus. Schol. Theophil. VINN. Addendus hic omnino Franc. Amaya *ad l. 3. C. de tab. scrib. logograph. lib. X.* ubi quid sit *tabulario satisdare* egregie explicat. HEIN.

Dignus

Dignus emancipatione) Et hoc casu quartam, de qua mox, perdit, *l. ult. ff. si quid in fraud. patron.*

Et tunc sua bona) Abusive, ut sæpe alibi, pro *Bona ejus*; impuberis scil. adrogari. Pac.

Quartam partem) Ex constitutione D. Pii, *l. 8. 15. ff. de inoff. test. l. 1. §. 2. ff. de coll. d. l. ult. si quid in fraud. patron.* Est autem hæc secundum Gloss. & DD. non omnium bonorum adrogatoris quarta, sed debitæ ab intestato portionis, *arg. l. 8. §. de inoff. test.* Quod & Græcos sensisse argumento est, quod quadrantem in trientem mutaverunt ex novo jure, Fabrot.

Relinquere) Recte *Relinquere*, ut intelligamus non prius eam deberi, quam adrogator decesserit, *dict. l. 1. §. 21. de collat.*

COMMENTARIUS,

1. *In adrogatione impuberum quæ cognscenda & excutienda?*
2. *Quid, cui caveat adrogator: tum ad quos ea res pertineat?*
3. *Utrum quartæ, quæ vulgo D. Pii, sit quarta pars totorum bonorum adrogatoris, an portionis ab intestato impuberi debitæ, & si hoc, num etiam illa aucta censeri debeat?*

IMpuberes antea adrogari non potuerunt, ut supra indicavimus; nunc autem possunt ex constitutione D. Antonini; auctore Ulpian. *in fragm. tit.* 8. sed non aliter, quam caussa apud Magistratum cognita, *leg. si paterfam.* 13. §. 2. *h. t. C. eod.* Causæ cognitio in multis vertitur. (1) Primum excutiendum, quæ sint facultates pupilli; quæ ejus qui eum adoptare volet: deinde cujus vitæ sit, & quibus moribus adrogatur: tertio cujus ætatis; an non melius sit, eum de liberis procreandis cogitare, quam ex aliena familia sibi filium accersere: ad hæc num liberos habeat justis nuptiis procreatos, quorum spem sine magna causa diminui non oportet; postremo etiam conjunctio spectatur, ne facile cuiquam pupillum adrogare permittitur, nisi quem vel naturali cogitatione, vel alioqui sanctissima affectione non appareat, *d. l. 15. §. 2. l. 17. eod.* Pleraque tamen hæc capita communia videntur fuisse cum puerorum adrogationibus: ut illa ætate, liberis, moribus & facultatibus adrogatoris. Certe olim apud Pontifices hæc etiam in adrogationibus excussa fuisse arguit locus Cic. in *orat. pro dom. c.* 13. *Quid*, inquit, *est jus adoptionis, Pontifices? Nempe ut is adoptet, qui nec jam procreare liberos possit; & cum posset, sit expertum; tum ne quo calumnia, fraus, aut dolus adhibeatur.* Causa autem nunc cognoscitur a Magistratu, adhibito consensu propinquorum pupilli, *l. 2. Cod. eod.* & tutorum quoque auctoritate, *l. ult. Cod. de auct. præst.* In minorum quoque adrogatione post constitutionem Claudii, curatoris auctoritas intercedere debet, *l. 8. eod.*

Ut caveat adrogator personæ publicæ) Hoc proprie servatur in adrogatione impuberis. Caveat nimirum satisdato, id est, fidejussoribus datis, *leg. non aliter* 58. *cum seqq. eod.* (2) Caveat autem non ipsis, ad quos ea res perventura est; sive quod incerti sint: sive quod non omnes sunt ii, qui sibi stipulari possint; sed personæ publicæ, hoc est, Tabulario sive Scribæ Curiarum aut Magistratuum municipalium, qui aliis stipulando acquirere potest. Servos olim publicos fuisse, constat *de l. 18. l. 2. tmp. salv. for. l. ult. C. de serv. reip. man.* Primi Arcadius & Honorius caverunt, ne servi Tabulario præficiantur, *l. 3. C. de tab. lib.* 10. ubi Cujac. sed etsi omissa fuerit satisdatio, utilem nihilominus actionem in adrogatorem dari responsum est *l. 19. §. 1. hoc tit.*

Ad successionem ejus venturi essent (Pars hæc cautionis in *d. l. 18.* ita concepta est, *Ad quos ea res perventura est*, & in *l. 19. seq. Ad quos ea res pertinet*: quibus verbis significantur non ii tantum, qui ad successionem impuberis venturi sunt, quales sunt hæredes impuberis, sive illi ab intestato veniant, sive secundis tabulis a patre pupillo dati: sed etiam legatarii servi, quibus secundis tabulis legata aut libertates datæ: in summa omnes, ad quos aliquid perventurum fuisset, si adrogatus mansisset in suo statu, *dd. ll.* Habet autem hæc cautio locum, si adrogatus impubes decesserit, *l. hoc autem* 30. *eod.* adveniente vero pubertate evanescit, perindeque habetur, ac si jam pubes adrogatus esset; quo casu cautio non est necessaria; cum quivis pubes sui adhuc juris ipse testamento facere, cognatosque excludere possit, *l. 5. qui test. fac.*

Dignus emancipatione) Puta si quid commiserit adversus patrem adoptivum, propter quod merito e domo ejici aut exhæredari posset. At quæ causa est, quod nihilominus tam impio filio bona sua restituuntur? Hotomannus existimat. id constitutum esse ad vitandam omnem improbitatis suspicionem, qua alioqui pater adoptivus facile onerari posset.

Decedens exhæredaverit) Intelligerem, sine justa causa: nam si justa exhæredationis causa sit, non ideo, cur præter bona sua aliquid recipere debeat aut plus, quam cum ex justa causa emancipatur. Sed obstare videtur responsum Ulp. *in l. 8. §. si quis 15. de inoff. test.* & objici potest, quod cum justam causam haberet adrogator, eum vivus non emancipaverit.

(3) *Quartam partem*) Hæc quarta vulgo D. Pii appellatur: eamque Interpretes arbitrantur non esse quartam omnium bonorum adrogatoris, sed tantum portionis ab intestato impuberi debitæ, nimirum eam ipsam ejusdemque quantitatis, quæ debetur aliis liberis, *arg. d. l. 8. §. quoniam 8. de inoff. test.* Et certe nulla ratio potest, quamobrem D. Pius meliorem esse conditionem voluerit adoptivorum, quam naturalium: aut emancipati exhæredative, quam ejus qui sine nota in familia mansit; & hæredis, quem videlicet pater vel instituit, vel ab intestato hæredem reliquit datis fideicommissis: cui præter quartam partem debitæ ab intestato portionis nihil deberi in confesso est. Plerique tamen Recentiorum secus sentiunt, propterea quod textus simpliciter loquuntur de quarta bonorum, *leg. ult. si quid in fraud. patron. leg. 2. Cod. hoc tit.* Sed responderi potest; etiam quartam portionis ab intestato debitæ ἀναλόγως quartam bonorum dici posse, sicut legitima liberorum, quæ & ipsa quarta pars illius portionis est, quarta bonorum dicitur, *leg. 6. Cod. de inoff. test.* Vel potius quia fere unus tantum adrogari solet, & nemo adrogare, nisi qui liberos non habeat, *leg. 15. in fin. l. nec ei 17. §. pen. hoc tit.* De illo non convenit inter Interpretes, qui quartam hanc faciunt partem portionis ab intestato debitæ, an hæc quarta etiam aucta sit *Nov.* 18. Negat Mynsing. sed argumentis parum solidis. Ait Quartam eorum duntaxat *dict. Nov.* auctam dici, quibus antea querelas inofficiosi testamenti competebat, adrogato autem non competiisse, *dict. leg. 8. §. si quis 15.* In quo fallitur. Non certe ante D. Pii constitutionem non minus adrogato impuberi, quam cæteris querela competit. Divus autem Pius non minuit jus adrogati, sed auxit, ut ei quæ-

querela jam non sit necessaria, sed proprio & meliori jure quartam sibi debitam obtinere possit, *d. leg.* 8. §. *si quis* 15. Hoc & Græcos sensisse argumento est, quod illi τὸ τέταρτον μέρος, quod Theophilus, aut Paraphrastes, hic retinuit, ex novo jure mutaverunt in τὸ κρεῖττον. Mich. Psel. *Synops.* Quod adjicit, Mynsing. in correctione nullam extensionem admittendam esse, quamvis par ratio subsit, aut etiam major: verum non est præterquam in iis constitutionibus, quæ a ratione juris & æquitatis recedunt, qua de re, qui volet, consulat D. Præs. Everh. *in topic. loc.* 79. Itaque verior mihi videtur eorum sententia, qui hanc etiam quartam auctam esse censent, ne pupillo noceat, quod in favorem & commodum ejus constitutum est; D. Bachov. post Porc. & alios *hic*. VINN. Quamvis non iniqua sit hæc Bachovii, quam Auctor sequitur, sententia, probabilius tamen est D. Pium quartam omnium bonorum intellexisse, partim quod semper in legibus quartæ bonorum fit mentio, partim quod ea non petebatur querela inofficiosi, sed actione familiæ erciscundæ. Vid. V.C. Schulting. πρῶτα *tit. de adopt. & mancip.* Quæ cunctanter hic conjicit Vinnius, eos quibus liberi essent, adoptare non potuisse, refellit Reinold. *Var. c.* 42. *pag.* 305. Et sunt sane exempla, quæ Vinnio possunt opponi, qualia & ante Reinoldum collegit Cl. Perizon. *Animadv. Histor.* 3. *pag.* 125. *seq.* Sed idem tamen recte observat, id non nisi difficulter concessum & non caruisse reprehensione. Ego id numquam fere privatis concessum putaverim impuberes adrogaturis: adeoque vix incidere potuisse quæstionem, quartane omnium bonorum, an portionis legitimæ intelligenda sit in constitutione D. Pii. HEIN.

TEXTUS.

De ætate adoptantis & adoptati.

4. *Minorem natu majorem non posse adoptare placet: adoptio enim naturam imitatur, & pro monstro est, ut major sit filius, quam pater. Debet itaque is, qui sibi filium per adoptionem aut adrogationem facit, pleno pubertate, id est, decem & octo annis præcedere.*

NOTÆ.

4. *Minorem natu*) Ex *l.* 15. §. *ult.* cum *t. seq. l.* 40. §. *ff. eod.*

COMMENTARIUS.

ADoptio naturæ imago & similitudo quædam est, *l. filio* 23. *de lib. & post.* unde cum alia multa, tum hoc quoque provenit, quod majorem natu minor adoptare non possit, cum per naturam filius non possit esse major patre. Qua de causa Clodii adoptionem jure exagitat Cic *pro dom. c.* 13. *Factus es*, inquit, *filius ejus* (Fonteji) *contra fas, cujus per ætatem pater esse potuisti*; & similia mox sequuntur.

Plena pubertate, id est, decem & octo annis) *l. abrogato* 40. §. 1. *h. t.* Cur autem octodecim anni? Nam si nuptiæ post annum decimum quartum contrahi possunt; potest & quis filium habere ante hanc ætatem. Sed nimirum quia rarissime accidit, ut masculi ante annum octavum decimum ad plenam pubertatem perveniant, & liberos suscipiant; minor ætas in adoptione insuper habita est, juxta *l.* 3. 4. & 5. *de leg.* Mynsingeri ratio nulla est: Id ideo placere, quia in adoptionibus, in quibus res per electionem agitur, firmitate opus sit judicii, quasi non nisi anniculi aut bimuli adoptarent. Nimirum etsi pubertatis initium est annos 14. *in quib. mod. tut. fin.* maturitas tamen demum anno 18. *l. adrogato* 40. §. 1. *hoc tit.* Paul. 3. *sen.* 4. atque hac ætate pubescunt etiam οἱ βραδέως ἡβῶντες. Theoph. In specie *l.* 14. *pr. de alim. leg.* est favor alimentorum.

TEXTUS.

De adoptione in locum nepotis, vel neptis, vel deinceps.

5. *Licet autem & in locum nepotis, vel neptis, pronepotis, vel proneptis, vel deinceps, adoptare, quamvis filium quis non habeat.*

NOTÆ.

5. *In locum nepotis*) Ex Paulo *l.* 37. *hoc t.* Ulp. *t.* 8. §. 6. *Quamvis filium non habeat*) Sufficit enim habere filium posse, & per ætatem ex eo nepotem. Non enim actus, sed naturalis potestas inspicitur.

COMMENTARIUS.

QUamvis filium quis non habeat.) *l. adoptare* 37. *leg. adoptiones* 43. *h. t.* Dixeris, hoc pugnare cum eo, quod ante dictum est, adoptionem imitari naturam: Natura enim fieri non posse, ut quis nepotem habeat, qui filium non habet. At inquam, sufficit habere posse; hoc est ejus me ætatis esse, ut filium ex filio nepotem ea ætate habere potuerim, qua est is, quem filium adoptare volo. Nam & qui uxorem non habet, filium adoptare potest, quamvis sine uxore pater esse non possit, *l. & qui* 30. *eodem*. Duplex igitur hic fictio est. De duplici fictione circa idem vide. Vaud. 2. *qu.* 4.

TEXTUS.

De adoptione filii alieni in locum nepotis & contra.

6. *Et tam filium alienum quis in locum nepotis adoptare potest, quam nepotem in locum filii.*

COMMENTARIUS.

QUi filius est patri naturali, potest per adoptionem nepos fieri patri adoptivo, & contra. Nam, ut bene Theophilus, necesse non est, ut qui adoptatur, eumdem ordinem gradumque, quem apud patrem naturalem habet, servet apud patrem adoptivum.

TEXTUS.

De adoptione in locum nepotis.

7. *Sed si quis nepotis loco adoptet, vel quasi ex filio, quem habet jam adoptatum, vel quasi ex illo, quem naturalem in potestate habet: eo casu & filius consentire debet, ne ei invito suus hæres agnascatur. Sed ex contrario, si avus ex filio nepotem det in adoptionem, non est necesse filium consentire.*

NOTÆ.

7. *Si quis nepotis loco*) Ex Paulo *l.* 6. & *l.* 11. *eodem*. *Ne ei invito suus hæres*) Eadem ratione & nepoti uxorem ducenti etiam filius consentire debet, *l.* 10. §. 1. *ff. de rit. nupt.*

COM-

COMMENTARIUS.

Filius consentire debet) Nimirum si nepos adoptetur quasi ex Lucio filio, verbi causa, natus. Nam si simpliciter adoptetur, & tamquam ex incerto filio, nullius consensus desideratur: quia tunc cessat ratio juris, quæ consensum requirit; de qua mox, *l. adoptione* 43. *& seq. hoc tit.* Quid ergo, si nepotem adoptem tamquam ex Lucio filio meo natum, isque filius meus auctor non fuerit; an hæc adoptio plane nulla erit; an perinde habendum, ac si simpliciter facta fuisset? quod magis probo cum D. Concio 1. *subcesf. lect. in fin. arg. l.* 11. *h. t.* Nam cum Jurisconsultus ibi de proposita specie hoc saltem respondeat, me mortuo, non fore nepotem in potestate filii, satis indicat adoptionem quoad cætera valere.

Ne ei invito) *l. 6. eod.* Non videbatur consensus filii exquirendus propter jus potestatis, quod summum pater in filium habet. Sed nimirum vis adoptionis seu agnatio sui hæredis in id tempus confertur, quo patre mortuo filius jam sui juris & paterfamilias factus est.

Non necesse est filium) Quia nimirum nepos non in patris sui, sed in avi potestate est. Potestatis autem tanta vis fuit apud Romanos, ut avus nepotem, inconsulto filio (tametsi id durum est) alii in adoptionem dare potuerit.

TEXTUS.

Qui dari possunt in adoptionem?

8. *In pluribus autem causis adsimilatur is, qui adoptatus vel adrogatus est, ei qui ex legitimo matrimonio natus est; & ideo si quis per Imperatorem, vel apud Prætorem, vel Præsidem Provinciæ, non extraneum adoptaverit, potest eumdem in adoptionem alii dare.*

NOTÆ.

8. *In adoptionem alii dare*) Eodem jure, quo id permissum patri naturali.

COMMENTARIUS.

In principio ejus tituli dixi, non solum naturales liberos in potestate nostra esse, sed etiam eos, quos adoptavimus: unde sequitur, quemadmodum illi in adoptionem alii dari possunt; ita & hos posse. In adrogatione nihil mutatum; ac ne in adoptione quidem in specie sic dicta, quando non adoptatur extraneus. At cum extraneus adoptatus est; is alii rursus in adoptionem dari non potest; cum ex constitutione Justiniani nihil juris in hunc pater adoptivus habeat, *l. pen. Cod. hoc tit.* §. 2. *sup. eod.* eamque ob causam verba hæc a Triboniano hic addita sunt, *Non extraneum*.

TEXTUS.

Si is, qui generare non potest, adoptet.

9. *Sed & illud utriusque adoptionis commune est, quod & ii, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt, castrati autem non possunt.*

NOTÆ.

Quales sunt spadones) Quia hi, sublato vitio corporis, liberis procreandis operam dare possunt, *d. l.* 2. §. 1. *l.* 40. §. 1. *eod.* & ideo uxorem quoque possunt ducere, *l.* 39. §. 1. *ff. de jur. d. tit.* natura enim magis in homine generandi, & consuetudo spectanda est, quam temporale vitium, *l.* 9. *ff. de lib. & potest.* Spadones, οἱ ψύξιν τῶν γονίμων μερῶν ὑπομείναντες. *Gloss. jur.* Interdum spadonum appellatione etiam castrati comprehenduntur, *d. l.* 39. §. 1. *de jur. dot. l.* 128. *de verb. sign.* & ibi Alciat.

Castrati non possunt) Neque enim in testes vim genitalem affundere queunt; neque remedio in his locus. Leo tamen permisit *Novell.* 26.

COMMENTARIUS.

Qui generare non possunt) Id est, qui propter vitium aliquod, quod tamen sanabile sit, procreare non possunt; quales hic perhibentur esse spadones: qua quidem appellatione nonnumquam & castrati continentur, id est, intestes, aliique, quibus vis generandi in totum adempta, ut in *l. si serva* 39. §. 1. *de jur. dot. l.* 4. §. 2. *ad l. Cor. de sic l. spadonum* 128. *de verb. sign.* ubi Alciat. Ceterum non raro & in specie accipitur, atque ad eos coangustatur, qui ob impedimentum temporale, & quod tolli queat, generare non possunt. Ita usurpatur a Pomp. *l.* 6. §. 2. *de ædil. edict.* a Marc. *l.* 14. §. *ult. de man. vind.* itemque a Cajo, *l.* 2. §. *h. t.* Glossæ juris: Spadones, οἱ ψύξιν τῶν γονίμων μερῶν ὑπομείναντες. Imperator Leo etiam castratis adoptare permisit, ut injuriam illis illatam hoc solatio compensaret, *Novel.* 26. *& seq.*

TEXTUS.

Si femina adoptet.

10. *Feminæ quoque adrogari non possunt; quia nec naturales liberos in sua potestate habent: sed ex indulgentia Principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.*

COMMENTARIUS.

Adrogatio & adoptio jure veteri in eo discrepabant, quod feminæ adrogari non poterant: quia, ut supra diximus, adrogatio auctore populo in comitiis fiebat, quorum nulla cum feminis communio. Adoptari autem non vetabantur. Nunc vero ex rescripto Principis etiam adrogari possunt, *l.* 21. *h. t.* Adrogare autem vel adoptare nec olim poterant, nec nunc possunt. Ratio redditur a Justiniano: quia nec naturales liberos in potestate habent; quasi diceret; absurdum esse, ut majorem vim habeat fictio quam rei veritas, adoptio quam natura. Claudicare tamen videtur hæc ratio in extraneo adoptante, in cujus potestate licet adoptatus non sit; tamen constat adoptio ex constitutione Justiniani §. 2. *sup. eod.*

Ex indulgentia Principis) *l. si suspecta* 29. *quoniam* 5. *de inoff. test.* non tamen ut filium habeant in potestate, sed ut solatium orbitatis & hæredem. Duobus igitur casibus filios tantum facit adoptio; si femina jussu principis adoptaverit; item si extraneus a patre naturali filium in adoptionem acceperit. Cæteri fiunt filiifamilias.

Ad solatium liberorum amissorum). Transcriptum hoc ex *leg.* 5. *Cod. eod.* & de viduis haud dubie intelligendum: neque enim nuptiis concedendum existimo, ut seorsum sibi liberos adoptent. Imperat. Leo & sine hac conditione feminis adoptare permisit etiam virginibus. *Nov. Leon.* 27. quæ in Oriente recepta; Harmenop. *lib.* 2. *tit.* 8. §. 4.

TEXTUS.

D. liberis adrogatis.

11. *Illud proprium est adoptionis illius, quæ per sacrum oraculum fit, quod is, qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subjicitur, sed etiam liberi ejus fiunt in ejusdem potestate tamquam nepotes. Sic enim D. Augustus non ante Tiberium adoptavit, quam is Germanicum adoptasset, ut protinus adrogatione facta inciperet Germanicus Augusti nepos esse.*

NOTÆ.

11. *Per sacrum oraculum*) Per Principem; *l. 2. eod.* Per Principis rescriptum, *leg. 6. Cod. eod.* Periphrasis est adrogationis.

Sed etiam liberi ejus) *leg. 15. l. 40. eod.* nimirum tamquam sequela, & una cum patre adrogato capite minuuntur, *l. 3. ff. de cap. minut.* quod in adoptione non similiter contingit, *l. 28. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

Quod hoc §. proponitur, proprius effectus est adrogationis; nempe non solum eum qui adrogatur, transire in potestatem patris adoptivi; sed etiam liberos, qui in ejus potestate erant, tamquam nepotes, *l. adrogato 40. eod.* In adoptione autem hoc non similiter contingit, in qua is tantum transit, qui adoptatur, non etiam liberi ejus. Ratio differentiæ in promptu est. Nam in adoptionem dantur filiifam., quorum liberi sunt in potestate alterius, nempe ejus qui in adoptionem dat: ideoque etiam in illius potestate remanent, *l. liberum 28. eod.* Adrogantur autem patresfamilias, qui cum ipsis liberos suos in potestate habeant; nihil mirum, si secum etiam illos in familiam & potestatem transferant, *leg. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tab.*

Quam is Germanicum adoptasset) Dubitaverat Augustus, Germanicum sororis nepotem & cunctis laudatum rei Romanæ imponere, sed precibus uxoris evictus Tiberio Germanicum, sibi Tiberium adscivit, auctor Tacit. *2. annal. cap. 57.* & Suetonius *in Tib. cap. 57.* scribit; Tiberium prius coactum fuisse Germanicum adoptare, quam ipse ab Augusto adoptaretur. Simile exemplum habemus apud Capitolin. *in Antonin.*

TEXTUS.

De servo adoptato vel filio nominato a Domino.

12. *Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas: Servos, si a domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari. Unde & nos eruditi in nostra constitutione etiam eum servum, quem dominus actis intervenientibus filium nominaverit, liberum esse constituimus: licet hoc ad jus filii accipiendum non sufficiat.*

COMMENTARIUS.

Apud Catonem) Parum refert, apud Marcumne Catonem principem familiæ Parciæ hoc scriptum fuerit, an apud filium ejus. Ambo sane, & Jurisconsulti fuere, & libros de jure civili reliquerunt: filius etiam plurimos, teste Pomp. *leg. 2. §. post hoc 28. de orig. jur.* VINN. De Catonis filii scriptis ad jus pertinentibus conferendus Gallius *lib. 3. cap. 18.* Ejus & alias fit mencio in jure nostro *l. 10. §. 1. ff. de Ædil. edict. l. 4. ff. sol. matr.* Grot. *de vit. Jctor. lib. 1. c. 5.* HEIN.

Ex hoc ipso liberari) Satis apparet, his verbis Justinianum significare velle, servos a domino adoptatos, non jus filiorum, sed libertatem dumtaxat consequi: atque inutilem quidem esse hanc adoptionem, sed vim tamen manumissionis habere. Nec dissimile admodum est quod Ulp. scribit: Inutilem acceptilationem habere vim pacti sive utile pactum: *l. 8. de accept.* VINN. Immo servum suum auctore Prætore adoptatum, non solum libertatem, verum etiam jura filii consequutum esse, diserte scribit Gell. *l. 6. 5. cap. 19.* Unde Justinianus non loqui videtur de adoptione servi, sed de casu, si dominus servum ad acta forte filium vocarit. HEIN.

Nostra constitutione) *l. un. §. 10. Cod. de Lat. leg. toll.*

Actis intervenientibus) Idest, apud acta, coram Magistratu in jure *l. 1. ff. de appel. l. 3. C. de fid. instr.* D. Hotomanus putat necesse esse, ut dominus servum ad Magistratum deducat, & testato denunciet, se velle eum pro filio habere, utque acta super eo conficiantur.

TITULUS DUODECIMUS.

QUIBUS MODIS JUS PATRIÆ POTESTATIS SOLVITUR.

D. Lib. 1. Tit. 7. Novell. 81.

Ratio ordinis, & summa Tituli.

Mos hic est perpetuus Jurisconsultorum, ut expositis iis, quæ ad constitutionem alicujus rei valent, subjiciant contraria, sive ea, quæ ad ejus imminutionem, aut dissolutionem pertinent. Itaque cum hactenus visum sit, quibus modis jus patriæ potestatis constituitur, recte nunc subjiciuntur modi, quibus jus illud solvitur. Ejusmodi autem septem fere hoc titulo proponuntur, mors patris aut avi, deportatio, servitus pœnæ, dignitas Patriciatus, captivitas, emancipatio, adoptio.

TEXTUS.

Scopus & nexus. De Morte.

Videamus nunc, quibus modis iis, quibus alieno juri sunt subjecti, eo jure liberentur. Et quidem quemadmodum liberantur servi a potestate dominorum, ex iis intelligere possumus, quæ de servis manumittendis superius exposuimus. Hi vero, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo, sui juris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit; nam mortuo patre, sane omnimodo filii filiæve sui juris efficiuntur; mortuo vero avo, non omnimodo nepotes neptesve sui juris fiunt: sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt. Itaque si moriente avo pater eorum vivit, & in potestate patris sui est; tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Si vero is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, aut per emancipationem exiit de potestate patris, tunc ii, qui in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.

NOTÆ.

Jus Patriæ potestatis) Abest *Patriæ* a vet. cod. teste Fabrot. & Theophil. simpliciter τῆ ὑπεξουσιότητι.

Recasuri non sunt) Nepotes ex filio, mortuo avo, solent in potestatem patris sui recidere, *l. 5. ff. de his qui sui* vel

vel alien. jur. sed hoc ita, nisi ipse pater aut mortuus sit jam ante, aut emancipatus a patre suo, *l. 42. ff. de adopt.* Ulpianus, *tit.* 10. §. 1. Cajus, 1. *instit. tit.* 6.

Per emancipationem exiit.) Hoc Glossema esse ex lib. ver. notant Cujac. Hot. Fabrot. nam & aliis modis exire de potestate potest, nec Theoph. agnoscit.

COMMENTARIUS.

MOrtuo eo, *sui juris fiunt*) Cum paterfamil. moritur, quotquot capita ei subjecta fuerunt, singulas familias incipiunt habere; singuli enim patrumfam. nomen subeunt, etiamsi pupilli sint & infantes, *l. pronunt.* 195. §. 2. *de verb. sign.* quod notandum.

Mortuo patre, sane omnimodo) Mortuo nimirum patre, in cujus potestate filii erant. Nam qui in avi sui, non in patris potestate sunt, mortuo patre non efficiuntur sui juris, sed in potestate avi sui remanent: adeoque quasi agnascendo avo suo fiunt sui hæredes. §. 2. *inf. de exh. lib. l.* 13. *in injust. rupt. test.*

In potestatem patris sui recasuri non sunt.) Nepotes ex filio, mortuo avo, recidere solent in potestatem filii, hoc est patris sui, *l. 5. de his qui sui vel al. jur.* Sed hoc non est perpetuum. Nam si quo tempore avus moritur, & pater eorum aut jam mortuus sit, aut per emancipationem exierit de potestate patris sui; nepotes in potestatem patris sui non recidunt, sed sui juris fiunt. Quin etiam sufficit semel exiisse. Finge filium, quem pater adoptaverat, in potestatem patris sui revertisse, puta a patre adoptatum esse; nepos retentus post mortem avi non recidit in potestatem patris sui, sed omnimodo sui juris efficitur, *l. si pater* 41. *de adopt.* Hi, quos dignitas suæ potestatis facit, jura legitima intacta retinent, eorumque filii, post mortem avorum, in eorum potestatem revertuntur. *Nov.* 81. *cap.* 2.

TEXTUS.

De Deportatione.

1. *Cum autem is qui ob aliquod maleficium in Insulam deportatur, civitatem amittit; sequitur, ut qui eo modo ex numero Civium Romanorum tollitur; perinde quasi eo mortuo, desinant liberi in potestate ejus esse. Pari ratione: & si is qui in potestate parentis sit, in Insulam deportatus fuerit, desinit esse in potestate parentis. Sed si ex indulgentia Principis restituti fuerint per omnia, pristinum statum recipiunt.*

NOTÆ.

1. *In Insulam deportatur*) Deportatio in Insulam, in locum aquæ & ignis interdictionis successit, *l. 2. §. 1. ff. de pœn. l. 3. ff. ad l. Jul. pecul. l. pen. in fin. de extraord. cogn.* Briss. *lib. 3. sel. antiq. c.* 5. VINN. Proprie dici non potest, deportationem successisse in locum interdictionis aquæ & ignis, sed eidem superadditam esse, quamvis priore loquutione utantur veteres locis a Vinnio allegatis. Nam & deportatis aqua & igni esse interdictum patet ex Tacito, *Annal. lib. 6. c.* 30. *l. 1. §. 2. ff. de legat.* 3. Rem accurate explicavit V. C. S. hulting. ad Cajum, *lib. 1. tit. 6. §. 1. p.* 47. *seqq.* HEIN.

Civitatem amittit) Unde deportati dicuntur peregrini, *l. 6. §. 1. ff. de hær. instit. l. 1. C. eod.* & ἀπόλιδες, *l. 1. §. 3. de legat. 3. l. 17. ff. de pœn.*

COMMENTARIUS.

IN *Insulam deportati*) etiam deportatione patria potestas solvitur; nam cum hæc potestas propria sit civium Romanorum, §. 2. *sup. de patr. potest.* fieri non potest, ut qui civis Rom. non sit, filium habeat in potestate. Deportatio autem est capitis minutio, qua qui afficitur, in numero civium esse desinit, §. 3. *inf. de cap. dim.* ubi plura dicemus.

Perinde quasi eo mortuo.) Nam intereunt homines non solum morte, verum etiam maxima & media capitis diminutione, *l. verum* 63. §. *ult. pro soc. l. 1. §. filium* 8. *de bon. poss. cont. tab.* quæ ob id vulgo mors civilis dicitur. Vitiosam autem apparet esse hujus loci constructionem: quæ constabit, si cum D. Hotom. legamus: *Ut eo, qui eo modo ex numero civium tollitur, perinde quasi mortuo*, & transposito videlicet posteriore *eo*. VINN. Posset etiam una adjecta littera pro *qui* rescribi *quia*. Ita enim & Theophilus legisse videtur, HEIN.

Pari ratione) Nihil hic interest, filius deportatus sit, an pater; neque enim magis civis Romanus peregrinum in potestate habere potest, quam peregrinus civem Romanum. Ulp. *tit.* 10. §. 2. Theoph. *hic.*

Ex indulgentia Principis restituti) Nempe plenissime & in integrum, *l. 1. Cod. de sent. pass.* Nam simplex & generalis restitutio pœnæ tantum gratiam facit, editumque in patriam concedit, add. *l. 2. §. 9. Cod. d. tit.* D. Tul. *Cod. ibid.* Christ. *vol. 4. decis.* 208.

TEXTUS.

De Relegatione.

2. *Relegati autem patres in Insulam, in potestate liberos retinent, & liberi relegati in potestate parentum remanent.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur deportati cives esse desinant, relegati non item?*
2. *Quo numero apud nos habendi banniti, seu quibus Provincia interdictum est, & damnati ad triremes.*

(1) RElegati, sive in Insulam, sive simpliciter certis provinciis interdicti, omnia sua jura retinent, nec refert, in perpetuum an ad tempus relegentur, *l. 4. l. 7. §. 3. de interd. & rel.* Sed & bona sua omnia retinent, nisi parte bonorum nominatim adempta in perpetuum relegentur, *d. l. 4. d. l. 7. §. ad tempus 4.* Quæ autem ratio est, quod deportati hæc omnia cum civitate amittant, relegati non item? Diversitas intelligi poterit ex verbis sententiæ & forma executionis. Nam deportati, perpetuo exilio mulctati, jubebantur compedibus vincti & navigio impositi a servis publicis constitutam in solitudinem avehi: quæ condemnatio eos manifeste ad peregrinitatem redigit, & ἀπόλιδας facit, *sunt quidam* 17. §. 1. *de pœn.* Relegatis autem dies præstituebatur, intra quem excederent. Moris enim erat ita pronuntiari, *illum provincia illa insulisque relego: excedereque debebit intra illum diem*, *dict. leg. 7. §. his qui 17. de int. & rel.* Quæ sententia existimationem quidem civis minuit, sed non consumit aut caput eximit de civitate, *leg. 5. §. 2. de extr. cogn.* Nomen exilii commune est, exulesque non deportati solum, sed relegati atque interdicti appellantur, *leg. 4. leg. 5. de interd. & rel. leg. 4. de pœn. leg. tutor 28. §. 2. & l. seq. de excus.* quippe omnes extra solum missi, sive solo patrio expulsi;

E 3 unde

unde exulem dici, auctores sunt Festus, Nonius & Quint. declam. 336. Plerumque tamen & quasi proprie exilium de deportatione dicitur, quasi relegatio exilium proprie non sit, cum jus civitatis retineatur, l. 2. de publ. jud. Hinc & Ovidius se non exulem esse scribit, sed relegatum, l. 2. & 5. de Trist. Quod ad jus harum regionum attinet, plerique existimant, eos, quorum bona apud nos publicantur adjuncta provinciæ interdictione perpetua, similes deportatis habendos esse. Quibus autem ad tempus provinciæ vel civitatis alicujus finibus interdicitur, relegatis comparandos. (2) Idemque statuendum simili distinctione adhibita de damnatis ad triremes. Christ. vol. 5. dec. 52. in fin. Gudel. 5. de jur. noviss. c. 15.

T E X T U S.

De servitute pœnæ.

3. Pœnæ servus effectus filios in potestate habere desinit. Servi autem pœnæ efficiuntur, qui in metallum damnantur, & qui bestiis subjiciuntur.

COMMENTARIUS.

SI is, qui civitatem retenta libertate amittit, liberos in potestate habere desinit, & mortui loco habetur; quanto magis, qui cum civitate simul & libertatem? Servitutem enim vel maxime mortalitati Veteres comparabant, l. quod attinet 32. l. servitutem 209. de reg. jur.

Pœnæ servus) Pœnæ servus dicitur, qui non alium dominum habet, quam ipsam quodammodo pœnam, cui addictus est. Ideoque si quid tali servo legatum sit, pro non scripto esse, quasi non Cæsaris servo datum, sed pœnæ. Marcian. respondit, leg. sunt quidam 17. de pœn. Ceterum non solum servitute pœnæ, cujus solius hic fit mentio, verum etiam quovis alio genere servitutis patria potestas solvitur; puta si liber homo major 20. annis ad pretium participandum se venundari passus sit, aut si libertus ingratitudinis convictus redigatur in potestatem domini, §. 1. inf. de cap. dem. Quominus qui ab hostibus capiuntur, hoc pertineat, facit jus postliminii, & lex Cornelia testamentaria, §. si ab hostibus 5. inf. hoc tit.

Qui in metallum damnantur) In metallum vel in opus metalli damnari dicuntur, qui ad effodiendum metallum, cujus varia sunt genera, damnantur: quamquam inter eos, qui in metallum, & eos qui in opus metalli damnantur, differentia est in vinculis, quod huc non pertinet, leg. 8. §. 4. & 6. de pœn. Diversa pœna fuit eorum, qui in opus publicum damnari dicuntur, leg. ult. de effract. Hi enim civitatem dumtaxat amittebant libertate salva, l. 17. §. 1. d. tit. quibus hodie nonnulli comparant, qui ad triremes damnantur.

Qui bestiis subjiciuntur) Hi sunt, qui passim ad bestias damnati & ad bestias dati dicuntur (Dio l. 58. τοὺς τοῖς θηρίοις ἐκ καταδίκης δεδομένους appellat) & statim consumuntur, hoc est, statim post damnationem feris objiciuntur. Sunt & qui damnati non statim consumuntur, sed populi voluptatibus reservantur, qui tamen & ipsi servi pœnæ fiunt; quales sunt, qui damnantur in ludum sive venatorium sive gladiatorium, d. l. 8. quidam. 11. de pœn. l. un. C. Theod. ad l. Fab. de quo vid. Bud. in annot. poster. Cujac. 13. obs. 10. Fab. 2. semest. 11. Postremo omnes, qui ultimo supplicio damnantur, confestim pœnæ servos fieri existimo: hoc nimirum effectu, ut statim libertatem & civitatem perdant; arg. leg. 12. l. qui ult. 29. de pœn. l. 6. §. sed etsi 6. de injust. rupt. test. Jure novissimo servitus pœnæ sublata est. Nov. 22. cap. 8. auth. sed hodie, C. de don. int. vir. & uxor. Cujus rei effecta ibidem notant DD. VINN. Recte Vinnius existimat, omnes ultimo supplicio damnatos, factos esse servos pœnæ. Quum enim civis extremo supplicio affici non posset, per legem Porciam, Lib. lib. 10. cap. 9. fingendum erat, eum, qui hujusmodi delictum commiserit, quod sanguine videretur expiandum, non esse civem, sed servum pœnæ. Et hæc observatio viri eximii Ger. Nood. Probab. lib. 3. cap. 12. HEIN.

T E X T U S.

De dignitate.

4. Filiusfamilias si militaverit, vel si Senator, vel Consul factus fuerit, remanet in potestate patris: militia enim vel consularis dignitas de patris potestate filium non liberat. Sed ex constitutione nostra summa Patriciatus dignitas illico imperialibus codicillis præstitis filium a patria potestate liberat. Quis enim patiatur, patrem quidem posse per emancipationis modum potestatis suæ nexibus filium liberare: Imperatoriam autem celsitudinem non valere, eum, quem patrem sibi elegit, ab aliena eximere potestate?

N O T Æ.

4. *Si militaverit*) l. 35. de rit. nupt. l. 5. & 6. de castr. pec. l. 7. C. de patr. pot.

Senator) l. 18. in fin. ff. de judic. l. ult. de hær. pet. Quint. declam. 286.

Consularis dignitas) lib. 1. §. ult. de sen. Mac. Dionys. Halic. lib. 2. pag. 96. sed hodie liberat, Nov. 81. ubi & aliæ dignitates excipiuntur, in pr. cap. 1. & 3.

Summa patriciatus dignitas) Summa non quidem gradu, nam Consulatus major est, sed quia ad magnitudinem accedit dignitatis perpetuitas, Baro, & Conr. Extat constitutio in l. ult. C. de consul. l. 12. add. l. 3. C. eodem.

Codicillis præstitis) Vide Synes. epist. 127.

COMMENTARIUS.

1. Patritii sub Impp. Constantinopolitanis qui dicti?

SI militaverit) Milites multis privilegiis & prærogativis a Principibus donati sunt: nexu tamen patriæ potestatis jure sacramenti eos solvi noluerunt, leg. 3. Cod. de castr. pec. l. 7. Cod. de patr. pot. Observandum obiter, militiam speciem quamdam fuisse dignitatis, atque inde factum, ut omnia fere officia etiam civilia, militiæ postmodum dictæ sint.

Vel si Senator, vel Consul) Non obstat huic loco, quod dicitur in leg. antepen. de his, qui sui vel al. jur. in publicis causis filiumfamilias haberi, veluti ut Magistratum gerat, &c. Hoc enim non significat, filium Consulatu aliove munere publico liberari patria potestate: sed patriam potestatem non obstare, quominus Consul puta, aut Prætor creetur, omniaque munia Magistratus sui obeat etiam repugnante patre, atque adeo etiam adversus patrem, leg. 13. in fin. & leg. seq. ad sen. Treb. Nonnihil huc faciunt quæ scribit Gell. 2. noct. Attic. 2.

Ex nostra constitutione) l. ult. C. de consul. lib. 12. Non tamen a Justiniano hoc primum constitutum videri potest, cum & apud Cassiodorum, qui ante Justinianum sub Theodorico Gothorum rege vixit, in form. Patrici

tus a-

tus, lib. 6. Var. cap. 3. hoc scriptum sit: *Legis, inquit, tantam Patriciis dignitatem detulerant, ut in sacris positus, ut hoc fuerit honore præcinctus, paternæ potestatis nexibus exuatur.* Quod autem Justinianus in *d. const.* Patriciatui tribuit, id postea produxit etiam ad alias dignitates, & ad eas omnes quæ a Curia liberant, nominatimque idem jus concessit Consulatui, Præfecturæ prætorianæ, Præfecturæ urbicæ, Prætturæ, Magisterio militum, & denique Episcopatui. *Nov.* 81. *in pr. c.* 1. *&* 3. VINN. Dum negat Auctor, Justinianum id privilegium patriciis primum tribuisse, Bachovium, ut solet, sequitur. Sed ejus argumentum parum stringit. Cassiodorus enim non solum sub Theodorico, sed & sub Athalarico, immo & Theodahado & Vitige vixit, & negotia publica tractavit, adeoque Justiniani constitutionem, anno circ. 530. scriptam, videre potuit, praeclare id demonstravit V. C. Reinoldus *var. cap.* 19. HEIN.

Summa Patriciatus dignitas) Stante Rep. Patricii dicebantur, qui eorum Senatorum progenies erant, quos Romulus creaverat. Antiquissimæ quoque cujusque Senatoriæ familiæ liberi ætate Livii Patricii appellabantur. Verum longe aliter patricii in constitutionibus recentiorum Impp. accipiendi sunt. Nam translato Constantinopolim Imperio, cœpere Principes ex Senatoribus, qui curulibus Magistratibus functi erant, sibi consiliarios, & quasi patres legere, quos patricios dici placuit, quasi patres communes Reip. auctore Suida. Atque ex eo tempore Patriciatus nomen esse cœpit supremi consilii.

Codicillis præstitis) Codicilli apud Latinos inter alia significant diplomata, sive litteras principales, quibus honores mandantur; ut apud Sueton. *in Claud. cap.* 29. *& in l. administrantes* 41. *pr. de excus. tut. leg.* 12. *C. de dign.* uti & hoc loco.

Quem sibi patrem elegit) Patricii Impp. Constantinopolitanis parentum loco erant, quæ parentis appellatio Claudiano lepidi joci materiam tribuit. Is enim in Eutropium Patricium, cujus bona publicata, & in fiscum coacta erant, sic ludit, *lib.* 2. *in Eutrop. v.* 49.

Direptas quid plangis opes, quas natus habebit?
Non aliter poterat Principis esse pater.

Quorum versuum hic sensus est. Eutropium æquo animo adversum fortunæ casum, bonorumque suorum publicationem ferre debere; cum eo modo ad Principem, qui ei filii loco fuerit, & cujus ipse parens appellatus sit, ea pervenerint. Extat constitutio Impp. Arcadii & Honorii in *C. Theod. tit. de pœn.* quia hic Eutropius in Insulam Cyprum, quo bonis publicatis & adempta dignitate relegatus erat, deportari jubetur.

T E X T U S.

De captivitate & postliminio.

5. *Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet jus liberorum propter jus postliminii: quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt: idcirco reversus etiam liberos habebit in potestate; quia postliminium fingit, eum qui captus est, in civitate semper fuisse. Si vero ibi decesserit, exinde ex quo captus est pater, filius sui juris fuisse videtur. Ipse quoque filius, nepósve, si ab hostibus captus fuerit; similiter dicimus propter jus postliminii jus quoque potestatis parentis in suspenso esse. Dictum autem est postliminium a limine & post. Unde eum, qui ab hostibus captus est, & in fines nostros postea venit, postliminio reversum recte diximus. Nam limina sicut in domo finem quemdam faciunt, sic & Imperii finem esse limen Veteres voluerunt. Hinc & limen dictum est quasi finis quidam & terminus. Ab eo postliminium dictum est, quia ad idem limen revertebatur quod amiserat, & qui captus, victis hostibus, recuperatur, postliminio rediisse existimatur.*

N O T Æ.

5. *Pendet jus liberorum*) In pendenti, in incerto est, *l. ult. ff. de Sen. Mac. l.* 12. *§.* 1. *de c. & postl.* Non igitur tam in captivitate patria potestas amissa restituitur, quam liberi finguntur in potestate etiam tempore captivitatis mansisse. Ulp. *tit.* 10. *§. pen.* Boet. *in top. Cic.*

In civitate semper fuisse) Alia effecta vid. *in l.* 1. *§. ult. ff. de Sen. Mac. l.* 6. *§. ult. ff. de tutel. l.* 22. *§.* 1. *de capt. & postl. l.* 13. *eod.*

Ipse quoque filius) *l.* 9. *l.* 12. *C. de postl. rev.*

COMMENTARIUS.

1. *Quando quis postliminio reversus intelligatur? tum quibus in locis postliminium fit?*
2. *Quæ res postliminio recipiantur, aut redeant?*
3. *Jus patris ab hostibus capti non extingui, sed in suspenso esse.*
4. *De origine juris postliminii.*

QUamvis servus hostium fiat) Constat, eos, qui ab hostibus capiuntur, jure belli servos hostium fieri, & consequenter desinere liberos habere in potestate. Verum Romani, quicumque ex suis capti essent, servorum numero apud se haberi non debere censuerunt; nihil eorum cum effectu amittere, quæ alias per servitutem amitti solent. (1) Cumque fieri posset, ut capti ad suos reverterentur; fieri item, ut apud hostes decederent; in utrumque eventum captis prospexerunt: in illum fictione juris postliminii; in hunc fictione legis Corneliæ.

(2) *Qui si reversi fuerint*) Pomponius reversum postliminio ait, qui intra præsidia nostra esse cœpit, *legit.* §. 1. *de capt.* Paulus, cum in fines nostros intraverit, *l. postlim.* 19. §. 3. *eodem.* Sed ex paritate rationis consensus gentium nec eo perduxit, ut postliminium locum haberet, etiamsi quis homo aut res, cui postliminium esse placuerat, pervenisset ad amicos nostros; ut loquitur *d. loco* Pompon. aut, ut Paulus exempli causa explicat, ad Regem socium vel amicum. Quibus in locis amici, aut socii intelligendi sunt non simpliciter, quibuscum pacem habemus, sed qui partes in bello easdem sequuntur: ad quos qui venerunt, ut Paulus loquitur, nomine publico tuti esse incipiunt; quia de re pluscula D. Grot. 3. *de jure bell. & pac.* 9. *n.* 2.

(3) *Omnia pristina jura*) Puta civitatem, familiam, bona sive eorum dominium. Recte autem jura, *l.* 9. §. 1. *in bello* 12. §. 1. *de capt. & postl. rev.* nam ea, quæ facti sunt, postliminio non continentur; qualis est verbi causa possessio: quæ idcirco interrupta captivitate non restituitur, *l. denique* 19. *ex quibus cap. maj. l. cum heredes* 23. §. 1. *de acq. poss.* Sicut autem postliminio reversus jura recipit, ita & in ipsum jura restituuntur, *l.* 6. *d. l. in bello* 12. §. *cætera*, 6. *de cap.* Neque homines solum, sed etiam agri, *leg. si captivus* 20. §. *eodem*; adeoque quodvis jus solo adhærens postliminium habet per *l.* 6. *de rer. div.* uti & loca sacra ac religiosa, *l. cum loca* 36. *de rel.* At rebus mobilibus postliminium non est: exce-

præ tamen naves longæ atque onerariæ; muli clitellarii; equi & æquæ frænum patientes, Cic. *in Top.* Gall. Æl. apud Fest. Marcell. *l. 2. princ. ff. de capt.* Quamquam hodie, ut passim tradunt morum periti, nullæ res mobiles postliminio redeant, ne naves quidem, vid. Grot. *d. cap. 9. n. 13. & seqq.* Div. Tulden. *comment. ad tit. de rer. div. c. 30.*

In civitate semper fuisse) Non igitur tam captivitate patria potestas amissa reverso patre restituitur, liberive captivitate patris sui juris facti eo reverso, iterum in potestate ejus esse incipiunt, quod velle videtur D. Mynf. quum pater fingitur retro in civitate fuisse, liberosque in potestate etiam tempore captivitatis retinuisse, *d. l. in bell. 12. §. 1. l. retro 16. l. bona 22. §. 2. eod. l. 6. §. ult. de tut.* Nec alioqui recte diceretur, statum liberorum pendere aut in incerto esse; ut hic *& d. l. in bello 12. & l. bona 22.* neo acta a filio esse in pendenti, *l. 1. §. 1. de SC. Marc.* sed jus patris & liberorum captivitate patris extinctum postliminio restitui; acta a filio tantisper rata esse: at reverso patre infirmari. Non est autem levis momenti hæc fictio: nam inde est, quod, quæ filius medio tempore quæsivit, pater reversus tamquam sibi quæsita occupare possit jure peculii, etiam defuncto pridem filio, *l. pen. de suis & leg. hær.* inde quoque est, quod patre reverso denegatur actio creditori, a quo filius, dum pater apud hostes est, mutuam pecuniam accepit, quasi contra SC. credita sit, *l. 1. §. 1. de SC. Maced.* Denique hinc est, quod Ulp. respondit; Non posse ei, cujus pater in potestate hostium est, tutorem dari, *l. 6. §. ult. de tutel.* qui recte utique daretur, si filii interim pro iis, qui suris juris sunt, haberentur. Deportati & restituti patris alia ratio, *l. ult. §. 1. C. de sent. pass.*

Exinde ex quo captus est) Hæc fictio est legis Corneliæ, *l. 12. qui testam. fac. §. ult. infr. quib. non est perm. fac. test.* eaque in omnibus partibus juris servatur, *l. in omnibus 18. de capt.*

Ipse quoque filius) Quapropter si verbi gratia in potestate fuit filius eo tempore, quo capiebatur; medio tempore patre mortuo, reversus suus hæres patri erit, *l. 9. C. de postl. rev.*

(4) *A limine & post*) De notatione nominis postliminii controversia olim fuit inter Scævolam & Servium, teste Cic. *in Top.* Scævola junctum dicebat esse verbum a *post*, quod reditum notat, & *limine*. Servius in eo nihil spectandum præter præpositionem *post*, reliquum productionis esse caulam, *liminium*. Sed recte Scævola, cui & Festus assentitur. Nam limen & limes exitu tantum & flexionis modo differunt; origine autem (veniunt enim ab antiqua voce *limus*, quæ transversum significat) & primitiva notione idem sunt, sicut materia & materies, contagio, & contagies, &c. quamquam usu seriore factum est, ut limen magis ad privata, limes ad publica referretur. Sic Veteres *eliminare* dicebant e finibus ejicere, & exilium nominabant *liminium*. Grot. *d. cap. 9. in pr.* Jus. Scal. *annot.* in Fest.

Ab hostibus recuperatur) Ad jus postliminii nihil interest, quomodo captus revertatur; utrum dimissus, an vi fallacia aut victis postea hostibus, sive ut Humerus *Odyss.* 14. ἢ ἀμφαδὸν, ἠὲ κρυφηδόν; ita tamen, si ea mente fuerit, ut illo non reverteretur, *l. nihil interest 26. ff. de capt.* Et ideo Attilium Regulum, responsum est, non esse postliminio reversum, quia juraverat, Carthaginem se reversurum, *l. 5. §. 3. d. tit. d. lib. 3. c. 9.* VINN. Immo & redemptos hoc jus pertinet, dummodo ei qui redemit, lytrum redditum, *l. 12. §. 7. l. 15. & l. 20. ff. de Captiv.* HEINN.

TEXTUS.

De emancipatione; item de modis & effectibus ejusdem.

6. *Præterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quæ per imaginarias venditiones & intercedentes manumissiones celebrabatur, vel ex imperiali rescripto. Nostra autem providentia etiam hoc in melius per constitutionem reformavit: ut fictione pristina explosa, recta via ad competentes Judices, vel Magistratus parentes intrent, & filios suos, vel filias, vel nepotes, vel neptes, ac deinceps a sua manu dimittant. Et tunc ex edicto Prætoris in bonis ejusmodi filii, vel filiæ, vel nepotis, vel neptis, qui quæve a parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem jura præstantur parenti, quæ tribuuntur patrono in bonis liberti. Et præterea si impubes sit filius, vel filia, vel cæteri; ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur.*

NOTÆ.

6. *Emancipatione*) Emancipatio hodie definiri potest actus legitimus, quo liberi e manu patris apud competentem judicem dimittuntur.

Judices vel Magistratus) ἐξηγητικῶς, ne quis putet, judices hic intelligi pedaneos, apud quos lege agi non potuisse constat. Extat constitutio Justiniani in *l. ult. C. de emanc. lib.*

A Parente manumissus) Id est, emancipatus, *tit. si a par. qui man.* redigebantur enim liberi prius in servilem causam, licet postea in imaginariam dumtaxat, *l. 3. §. 1. ff. de cap. min.*

Quæ tribuuntur patrono) Emancipatus a parente liberti exitum paritur, *l. 1. l. si a par. quis man.* pura in contra tabulas bonorum possessione, *d. leg. 1.* & successione legitima: *§. ult. inf. de leg. agn. succ.* sed hoc mutatum *Nov. 118. cap. 2.*

COMMENTARIUS.

1. *Vetus emancipandi ratio exposita.*
2. *Patroni & parentis emancipatoris comparatio.*

Alius modus solvendæ patriæ potestatis hoc §. proponitur; nempe emancipatio: eaque dicitur olim celebrata fuisse per imaginarias venditiones, & intercedentes manumissiones. (1) Hoc autem ut penitus intelligatur, sciendum est lege Romuli cautum fuisse, atque a Decemviris postea in quartam tabulam relatum, ut si pater filium ter, filiam autem & cæteros liberos semel mancipasset, hoc est, vendidisset; manumissi postea ab emptore sui juris efficerentur: ille trina manumissione, hi unica. Ad cujus emancipationes imaginem atque usurpationem vetustatis postea institutum, ut pater, simulato, & dicis causa, accepto uno nummo, filium ter, cæteros liberos semel apud Magistratum venderet, contracta cum emptore fiducia, qui ob id pater fiduciarius appellabatur, ut is acceptos manumitteret: filium ter, cæteros semel, atque ita liberi juris ac potestatis fierent. Solebat autem pater naturalis sibi cavere de filio post tertiam mancipationem sibi remancipando; itemque de cæteris liberis sibi remancipandis, quo ipse

ipſe potius eos manumitteret, & jura patroni conſequeretur, quam extraneus manumiſſor ſive emptor ille imaginarius. Atque hac cautione interpoſita in ſpecie dicitur emancipatio fieri contracta fiducia, §. ult. *inf. de leg. agn. ſucceſſ.* Hæc ex Dion. Halic *l. 6. 2.* Boet. *in Top. Cic.* Cajo *l. 1. t. 6.* Ulpian. *t. 10. l. ult. & pen. Cod. de emanc. lib.* VINN. Ordinem aliquantulum turbaſſe videtur Vinnius. Pater filium primo vendebat, & mancipabat per æs & libram. Emptor eumdem manumittebat. Cum vero Manumiſſus ex lege Romuli in patriam poteſtatem recideret, pater eum iterum vendebat, emptor iterum manumittebat. Cum & ita recideret in poteſtatem patris, hic eum tertium mancipabat, addito contractu fiduciæ, ut Emptor eum remanciparet patri. Quo facto hic eum manumittebat, adeoque tamquam manumiſſor jura patronatus retinebat in filio. Vid. *antiq. noſt. Rom. h. t.* HEIN.

Ex imperiali reſcripto) Hic modus emancipandi ab Imperatore Anaſtaſio introductus eſt, qui etiam neglecta antiquæ emancipationis fabula, poteſtate ab Imperatore imperata, ejuſque reſcripto apud Magiſtratum exhibito, liberos emancipari permiſit, modo filius infante major conſentiret: *l. pen. C. de emanc. lib.*

Etiam hoc in melius reformavit) Nimirum quod Anaſtaſius de precibus ſuper emancipatione Principi offerrendis ejuſque reſcripto prius impetrando conſtituerat; ut jam ex conſtitutione Juſtiniani emancipatio etiam fiat ſola profeſſione patris apud competentem judicem denuntiantis, ſe filium ſuo juri permittere. Extat conſtitutio *l. ult. C. de emanc. lib.*

Ad competentes Judices vel Magiſtratus) Explicative. Nam & Magiſtratus, qui tribunali aut juriſdictioni præſunt, Judices appellantur, *l. 1. Judic. t. de reb. auct. jud. poſſ.* & paſſim in conſtitutionibus poſteriorum Imperatorum. Quod moneo, ne quis putet Judices hic intelligi pedaneos, ſive qui a magiſtratibus cauſis privatis cognoſcendis & judicandis dabantur. apud quos lege agi non potuiſſe, pluſquam manifeſtum eſt. Sed nec apud eum, cui mandata eſt juriſdictio, legis actionem fuiſſe; Marcian. & Ulp. teſtantur *l. 2. §. 1. & ſeqq. de offi. proconſ.* de quo plura ad §. 8. *ibſ. eod.*

A ſua manu dimittant) Manumitti non tantum ſervi a domino, ſed etiam filii & filiæfamilias a patre dicuntur, pro emancipari, *l. ſi a pat. quis man.* propterea quod jure antiquo in patris ſui manu mancipioque erant, & venditi ac mancipati in ſervilem cauſam redigebantur, licet poſtea in imaginariam dumtaxat, *l. 3. §. 1. c. min.* Hinc emancipatus a parente liberi exitum pati dicitur, & parens patroni perſonam ſuſtinere, *l. 1. d. t. ſi a par. quis man.*

Ex edicto prætoris eadem jura) Nimirum ut parens exemplo patroni ad contra tabulas bonorum poſſeſſionem admittatur, ſi teſtamento facto ab emancipato præteritus ſit, *d. t. ſi a par. quis man.* Sed & jus legitimæ ſucceſſionis huic patri a Juſtiniano datum eſt, perinde quaſi contracta fiducia eum emancipaſſet: hoc eſt, ex lege fiduciæ ſibi remancipatum manumiſiſſet, §. *ult. inf. de l. agn. ſucc.* Et hoc ad ſimilitudinem patroni, quem ad hæreditatem liberti inteſtato ſine liberis mortui jam olim lex 12. tabularum vocabat, *infra de ſucc. libert.* Non tamen uſque adeo exæquatur patrono parens, ut etiam liberi ejus ad ſucceſſionem aut contra tabulas bonorum poſſeſſionem veniant, *l. 1. §. liber. 5. ſi a par. quis man.* aut etiam actio Calviſiana parenti detur, *l. 2. eod. t.* aut denique ut recte ſtipuletur a filio operas, *l. 4. eod.* Jure authentico pleniſſime de ratione ſuccedendi cautum eſt, ex quo parens manumiſſor jure patroni quoad emolumentum ſucceſſionis uti deſit, *Nov. 115. c. 4.*

Tutelam ejus nanciſcitur) Conſequens erat eum onus tutelæ ſubire, qui ſperaret ſucceſſionem, *l. 1. de leg. tut.* Agitur de hac tutela *infr. t. 18.*

T E X T U S.

Si alii emancipentur, alii retineantur in poteſtate.

7. *Admonendi autem ſumus, liberum arbitrium eſſe ei, qui filium, & ex eo nepotem vel neptem in poteſtate habet, filium quidem de poteſtate dimittere, nepotem vero vel neptem retinere: & e converſo filium quidem in poteſtate retinere, nepotem vero vel neptem manumittere: vel omnes ſui juris efficere. Eadem & de pronepote & pronepte dicta eſſe intelligantur.*

N O T Æ.

5. *Nepotem manumittere*) Notandum eſt, in filiofamilias idem eſſe manumittere, ac ex poteſtate dimittere, ſui juris efficere, emancipare.

COMMENTARIUS.

Totus hic locus deſcriptus eſt ex Cajo *l. liberorum 28. de adopt.* Illud hic quæritur, an ejus quoque, qui a parente manumittitur, voluntas ſpectanda ſit: an vero etiam invitus emancipari poſſit? Et puto idem hic dicendum quod de eo dicitur, qui patri in adoptionem datur, §. *ſeq. l. neque abſens 24. de adopt. l. 5. C. eod.* nimirum neceſſe non eſſe, ut expreſſe conſentiant. Cæterum non oportere eum diſſentire, aut contradicere *arg. leg. pen. in fin. C. de emanc. l. Nov. 89. 11.* Paulus quoque *l. 2. ſent. 25. in fin.* ſcribit. Invitum filiumf. non emancipari. An autem & quando qui tacet conſentire intelligatur, non eſt hujus loci diſputare. Tractant tamen hanc quæſtionem Jo. Fab. & Aug. & Moyſ. ad hunc locum.

T E X T U S.

De adoptione.

8. *Sed & ſi pater filium, quem in poteſtate habet, avo vel proavo naturali ſecundum noſtras conſtitutiones ſuper his habitas in adoptionem dederit: id eſt, ſi hoc ipſum actis intervenientibus apud competentem Judicem manifeſtaverit; præſente eo qui adoptatur, & non contradicente, necnon eo præſente qui adoptat; ſolvitur quidem jus poteſtatis patris naturalis: tranſit autem in hujuſmodi parentem adoptivum, in cujus perſona & adoptionem eſſe pleniſſimam, antea diximus.*

COMMENTARIUS.

1. *Antiquitus neutiquam alieno nomine lege agi potuiſſe: eamque naturam actus voluntariæ juriſdictionis retinuiſſe.*
2. *Actus voluntariæ Juriſdictionis expediri non poſſe apud eum, cui juriſdictio mandata eſt.*

AVO vel proavo naturali) Nam ſi extraneo in adoptionem datus ſit, jura patris naturalis integra manent, *l. ſen. C. de adopt.* §. 2. *ſup. eod.* ubi dictum eſt.

Apud competentem judicem) Non apud judicem pedaneum, cujus nulla juriſdictio eſt: ſed apud ipſum Ma-

Magistratum, & eum, qui legis actionem habet, ut notavimus ad §. *hujus t. 6.*

Et non contradicente) Hoc etiam paulo ante tetigi; Locus autem hic descriptus est ex *l. ult. C. de adopt.* *Soc. l. ff. eod.*

Nec non eo præsente. qui adoptat) Absens adoptare non potest, *l. post mortem 25. §. 1. de adopt.* quia, ut ait ibi Jurisconsultus, nemo per alium ejusmodi solemnitatem peragere potest. Atque eo pertinere arbitror, quod regula juris in genere definit; Neminem alieno nomine lege agere posse, *l. nemo 125. de reg. jur.* Quod olim quidem commune fuisse verisimile est omnium legis actionum, etiam earum, quibus cives inter se disceptabant, & quæ pertinebant ad contentiosam jurisdictionem, *arg. pr. t. de iis per quos ag. poss. inf. l. 4.* sed postea proprium tantum quorumdam esse cœpisse, & maxime eorum actuum, qui, quod inter volentes expediuntur, dicuntur esse voluntariæ jurisdictionis; cujusmodi sunt manumissio, adoptio, emancipatio, quæ veterem naturam retinuerunt, *l. 3. C. de vind. lib. l. neque 24. & leg. seq. §. 1. de adopt.* etiam adoptio nova Justiniani; ut hic, & *d. l. ult. C. de adopt.* Idem quoque probabile est observatum fuisse in persona Magistratus. Existimo enim, nec hujusmodi actus Magistratibus mandari potuisse, neve mandata jurisdictione transisse in eum, cui mandata esset, contra quam DD. vulgo sentiunt, *arg. l. 1. Cod. de adopt. l. 2. §. 1. l. 3. de off. proc.* Ex quibus locis discimus, ea, quæ sunt voluntariæ jurisdictionis, non nisi apud eum expediri posse, apud quem plena legis actio est: eum autem, cui mandata est jurisdictio, talem jurisdictionem non habere, adeoque omnino non esse apud eum legis actionem. Negotium tamen facit *l. 17. §. 1. de man. vind.* Cujac. 1. *obs.* 1. & 15. *obs.* 19. negationem inserit. Alii pro (*apud legatum ejus*) legunt (*Cæsari*) suspicantes errorem ex notis natum *ejus* & *Cæs.* VINN. Posterior emendatio non minus violenta, ac prior. Ego hic antinomiam inter *l. 17. §. 1. ff. de man. vind. & l. 2. & 3. ff. de off. proconf.* agnosco, inde forsan ortam, quod Tribonianus de legatis Cæsarum pro consule dixerat. Facilis enim lapsus fuit in vocabulis, *legatus proconsulis & legatus pro consule.* Ille mandata Jurisdictione gaudebat; hic, tamquam præses provinciæ, propria, adeoque & legis actio apud illum erat, *l. 2. & l. 17. ff. de off. præs.* HEIN.

Transit autem in parentem adoptivum) Per adoptionem igitur non efficitur filiusfamilias sui juris, sed vel in alienam familiam transit, vel remanet in potestate patris naturalis.

T E X T U S.

De Nepote nato post filium mancipatum.

9. *Illud scire oportet, quod si nurus tua ex filio tuo conceperit, & filium tuum emancipaveris, vel in adoptionem dederis prægnante nuru tua; nihilominus quod ex ea nascitur, in potestate tua nascitur. Quod si post emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit; patris sui emancipati, vel avi adoptivi, potestati subjicitur.*

COMMENTARIUS.

NEpos non ex nativitatis, sed ex conceptionis tempore familiam sortitur; quia ex eo tempore jam in rerum natura esse creditur, *leg. 7. leg. pen. de stat. hom.* Ulp. t. 5. §. 9. Sic & is qui conceptus est prius, quam pater Senatu moveretur, Senatoris filius intelligitur, *l. 7. §. 1. de senat.* Et responsum est conditionem, *Si sine liberis*, defecisse; si ante deportationem patris liberi concepti sint, licet postea edantur, *l. ex facto 17. §. ex facto 5. ad Son. Treb.*

T E X T U S.

An Parentes cogi possint, liberos suos de potestate dimittere?

10. *Et quidem neque naturales liberi, neque adoptivo ullo pene modo possunt cogere parentes, de potestate sua eos dimittere.*

COMMENTARIUS.

1. *Quibus modis more harum regionum parentum potestas solvitur?*

QUemadmodum liberi, qui vel ab initio sui juris fuerunt, vel postea facti sunt, inviti in potestatem patris non rediguntur, *l. ult. de his qui sui vel al. jur.* Nov. 80. c. 11. ita nec vice versa a liberis in potestate constitutis cogi parentes possunt, ut eos a potestate sua dimittant, *l. non potest 31. de adopt. l. nec avus, 4. C. de emanc. lib.* ex quo loco etiam ratio hujus juris peti potest.

Pene) Ait, *pene*, propterea quod aliquando audiuntur, qui emancipari desiderant, ut impubes, qui adoptatus est, pubes factus, *l. nonnumquam 32. de adopt.* Sed & alios, si justa causa sit, audiri æquum est; veluti si a patre ad turpitudinem adigantur, *l. si leones 12. Cod. de episc. aud.* aut male contra pietatem afficiantur, *l. ult. si a par. quis man.* Sed & is filium emancipare cogitur, qui legatum ea conditione sibi relictum agnovit, *l. si cui 92. de condit. & demonst.* Et jure novissimo etiam de potestate patris exeunt liberi, si pater incestas & nefarias nuptias contraxerit, *Nov. 12. c. 2.*

Apud nos & in cætero Belgio singularis ille Romanorum in liberos potestas incognita est, ut jam aliquoties diximus. Sed & jus, quod Parentes in liberos habent, propriis quibusdam modis solvitur: manente tamen semper naturali reverentiæ & obsequii debito. Primum enim moribus nostris exeunt liberi de potestate parentum, non tantum emancipatione illa expressa sive Justinianæa, cum apud Magistratum de manu dimittuntur; sed etiam tacito quodam emancipationis modo, permittente videlicet patre filium seorsum habitare, & mercaturam, aut opificium aliquod exercere; at hac ratione liberi potestate patria soluti hoc consequuntur, ut & bona sua ipsi administrare & in judicio consistere possint. Christ. *d. vol. 4. dec. 187. n. 11.* Grot. 1. *manud.* 61. Apud Frisios tamen hic modus receptus non est, Div. Joann. a Sande *lib. 2. t. 7. defin. 6.* Secundo nuptiis quoque sive matrimonio liberorum patris potestas solvitur: unde apud nos nulli liberorum sunt in potestate avi. Gudel. *lib. 1. de jur. nov. c. 13.* Christ. in *d. vol. dec. 185. n. 7.* Grot. *d. loc.* quod secus fuisse jure Rom. ostendimus ad §. *ult. sup. de patr. potest.* Tertio desinunt liberi in potestate esse patris, si ei ut prodigo, curatore dato, bonis interdictum sit, Gro. *d. l.* quod & ipsum jure Rom. incognitum est. Postremo si quid liberis obvenerit, puta ex hæreditatibus, legatisve aut donationibus propinquorum aut amicorum, earum quidem rerum cura, atque administratio patri competit, sed haud secus ac tutori, aut curatori, ideoque hoc jus etiam solvitur, ubi liberi ad eam ætatem pervenerint, qua curatio finiri solet; nempe anno ætatis eo-

rum

rum vigesimo quinto. Gudel. *dict. cap.* 13. *in fin.* Tulden. *com. hic. cap.* 2. Christin *d. decis.* 186. *n.* 9. *add.* Guid. Pap. *qu.* 54. Boer. *ad consuet. Bitur. de jure pers.* per. Gregg. 11, *syntagm. cap.* 10. Groennev. *de legib. abrog. ad hunc titulo* VINN. Quæ de Frisia ex Sandio adspersit Vinnius cum iis jungenda, qua tradit Huber. *Præl. ad tit. Inst. &* *ff. de emancip.* HEIN.

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE TUTELIS.

D. Tit. 1. *Lib.* 26. *& Novell.* 61.

Ratio Ordinis.

HUcusque dictum est de iis, qui sunt juris alieni; quæ prima pars est divisionis supra positæ *tit.* 8. Superest, ut ad eos nos conferamus, qui sui juris sunt; quos pars altera dictæ divisionis complectitur.

TEXTUS.

De Personis sui juris.

Transeamus nunc ad aliam divisionem personarum. Nam ex his personis, quæ in potestate non sunt, quædam vel in tutela sunt, vel in curatione; quædam neutro jure tenentur. Videamus ergo de his, qui in tutela vel curatione sunt. Ita enim intelligimus cæteras personas, quæ neutro jure tenentur. Ac prius dispiciamus de his, qui in tutela sunt.

COMMENTARIUS.

1. *Summa reliquorum hujus libri capitum.*

NAM *ex his personis*) Eorum, qui sui juris sunt, quidam sunt in tutela; alii in curatione; cæteri neutro jure tenentur: quæ posterioris partis illius, quam dixi, divisionis subdivisio est. In hac autem parte primo exponitur, quid sit tutela; deinde species ejus singulæ ordine explicantur; tam de vi atque effectu tutelæ sine auctoritate tutorum porro agitur; ac mox de contrariis, & quibus modis tutela finitur. Inde ad curationem ac curatores progressio fit. Postremo tractatur de satisdationibus, excusationibus, & suspicionibus, quæ utrisque muneris communia sunt.

In potestate non sunt) Patria scil. vel dominica: in qua qui sunt, non sui, sed alieni juris sunt: alioqui & tutela species quædam est potestatis, (quod verbum & alia plura significat, *l. potest.* 215. *de verb. sign.*) sed quæ ad statum & caput ejus, qui in tutela est, non pertinet, nec ad commodum tutoris comparata est, sicut patria & dominica ad patris & domini. Pupillus enim non in manu aut familia tutoris est; nec illi acquirit, sed sibi; ut loquitur Spartian. *in Aureliano.*

TEXTUS.

Tutelæ definitio.

1. *Est autem tutela (ut Servius definivit) vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui per ætatem se ipse defendere nequit, jure civili data ac permissa.*

NOTÆ.

1. *Vis ac potestas*)] Ita & §. *seq.* & Servius *l.* 1. *h. t.* Hæc duo quoque junguntur, §. 3. *infr. interd. l.* 17. *de legib. l. C. de eod.* Cicer. 1. *de nat. Deor.* Gloss. Basil. δυνά-μις, ἢ ἐξουσία Theoph. δύναμις, καὶ ἐξουσία. *Jus & potestas* significatur autem verbis istis facultas & jus pro auctoritate quid faciendi.

In capite libero) Ἀρχαϊσμὸς pro *in caput liberum*, ut in tab. *in eo pecuniaque ejus potestas esto*; item in formula abrogationis Gell. 5. 19. & Cic. *pro dom.* Caput autem liberum pro pupillo, & persona, quæ sui juris est, *d. c. g.*

Per ætatem) In Florent. est *Propter ætatem*, *leg.* 1. *eod. Propter ætatis infirmitatem.* Ulp. tit. 11.

COMMENTARIUS.

VIs *ac potestas*) Ita & in *l.* 1. *pr. ff. eod.* Generis loco ponitur *vis ac potestas*, quæ duo frequenter conjunguntur; ut in *l. scire* 17. *scire* 17. *de leg.* §. *adipiscendæ* 3. *inf. de interd.* & significant δύναμιν, ἐξουσίαν, sive facultatem aut jus pro auctoritate quid faciendi statuendive, tum in persona pupilli, tum in rerum pupillarium administratione, ἐξουσία in verbo potestatis jam notata est.

In capite libero) Objectum tutelæ, & est vetus locutio, pro *in caput liberum*, ut in illo 12. tabularum. *Si furiosus existat agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* Item in formula abrogationis apud Agell. 5. c. 19. *Utique ei vitæ necisque in eo potestas siet.* Caput autem liberum pro homine libero Veteres dicebant. Cicero 4. *Verrin. Hic de capite libero judicabit.* Liv. *lib.* c. 21. *Libera capita sine pretio dimisit.* Hinc caput liberum facere apud Plaut. *Mercat. act.* 7. *sc.* 2. *v.* 41. *seq.* pro manumittere, & eos plerumque, qui etiam sui juris essent, hoc verbo intelligebant: quo modo Agellius *dict. loco* pupillum caput liberum appellat, id est, sui juris. Alii hæc verba ad tutorem referunt, quod etiam per me licet.

Ad tuendum eum) Hæc verba finem tutelæ indicant, & simul officium tutoris: nam ut tutela pupillorum gratia constituta est, ita & ad utilitatem eorum tota referenda. Distinguunt itidem tutelam a patria potestate, quæ magis ipsius patris causa comparata est, sicut & dominica domini, cujusque vis non minus in coercendo, quam in tuendo filio posita est. Innuunt præterea tutorem principaliter personæ dari, non certæ rei aut causæ, in quo differt a curatore, §. 4. *seq. tit. junct.* §. 2. *inf. de curat.*

Qui per ætatem se ipse defendere) His verbis distinguitur tutela a curatione: quippe quæ comparata est eorum omnium causa, qui rebus suis ipsis superesse non possunt, licet propter aliam causam, quam ætatem; ut sunt furiosi, prodigi, mente capti, & qui perpetuo morbo laborant, §. 3. & 4. *inf. de curat.* In Florent. est, *propter ætatem.* Theoph. διὰ τὸ τῆς ἡλικίας ἀτελές.

Jure civili) Clausula hæc ad definitionem necessaria non est, sed ideo adjecta, ne quis putet, hanc potestatem temere, & pro arbitrio a quibusvis posse usurpari, aut ad eos, qui non sunt cives Romani pertinere: nam tutela, licet ortum ex jure gentium trahat, ad jus tamen civile refertur eo modo, quo pleraque alia, ut nuptiæ, potestas, testamenta, & cætera id genus.

Data ei permissa) Datur legitima, hoc est, legitimi tutores immediate sine facto testatoris aut Magistratus a lege ad tutelam vocantur, *l.* 5. *in pr. & l.* 6. *de l. tut.* Permittitur, quæ prius data est aut testamento, aut a Magi-

Magistratu, illa lege 12. tabul. *l. 1. test. tut.* hæc aliis legibus & constitutionibus, *inf. de Attil. tut.* Atque hinc etiam peti potest aliqua tutelæ divisio tamquam a causa efficiente, partim proxima, partim remota. VINN. Ita quidem vulgo hanc definitionem Servii interpretantur. Sed cum Servius tutelam in genere definiat, quæ tempore illo non modo ad impuberes, sed ad feminas etiam omnes, quæ in manu non convenerant, pertinebat: procul dubio Tribonianus eam aliquantulum mutavit. Puto itaque talem fuisse (potestas in femina; vis & potestas simul in pupillo,) *in cap. libero*, (pupillo vel femina) *ad tuendum eum eamve, qui quæve per ætatem vel sexus infirmitatem se defendere nequit, jure civili* (vel expresse) *data* (uti tutela pupillari;) *vel permissa* (& tacite moribus invecta, uti tutela feminarum.) Rem alibi demonstrabo. Jam id addo & Constant. Harmenopulum *l. 5. cap. 11. §. 1.* ea quæ omissa a Triboniano suspicamur, restituisse dum ait: ἢ διὰ τὸ τῆς ἡλικίας ἀτελὲς, ἢ διὰ τὸ τῆς ἀπραγίας ἀθεῖς ἐπιτετραμμένη. *Aut ob ætatis infirmitatem aut rei gerendæ immissa.* Quis Harmenopulum ea in re auctores suos sequutum esse dubitet?

TEXTUS.

Definitio & Etymologia Tutoris.

2. *Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exque ipsa re nomen acceperunt. Itaque appellantur tutores, quasi tuitores atque defensores, sicut Æditui dicuntur, qui ædes tuentur.*

COMMENTARIUS.

QUi eam vim ac potestatem) Si tutela est potestas ad tuendum eum, qui in tutela est, qui eam potestatem habet, recte tutor dicitur, argumento a conjugatis.

Tutores sive tuitores) Ἐτυμολογία sive notatio verbi tutoris, *l. 1. §. 1. eod.* Tutela quoque idem erat Veteribus quod tuitio; sicut cautela idem quod cautio.

Sicuti Æditui) Ædituus est ædis sacræ tutor, id est curam agens, auctore Festo. Veteribus dicebatur *Æditumus*, si Gellio credimus *lib. 12. c. 10.* ἱεροφύλακα vocat Scævola *leg. 20. §. 1. de ann. legat.* VINN. Conferendus omnino V. C. Car. Andr. Dukerus *de Latinis JC. vet. p. 28.* ubi hanc etymologiam contra L. Vallæ criticam defensam videmus. HEIN.

TEXTUS.

Quibus testamenro tutor datur? & primum de liberis in potestate.

3. *Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare. Et hoc in filios filiasque procedit omnimodo: nepotibus vero neptibusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in potestatem patris sui non sunt recasuri. Itaque si filius tuus mortis tuæ tempore in potestate tua sit; nepotes ex eo non poterunt ex testamento tuo tutores habere, quamvis in potestate tua fuerint: scilicet quia mortuo te, in potestatem patris sui recasuri sunt.*

NOTÆ.

3. *Liberis impuberibus*) Etiam exhæredatis, *leg. 4. de test. tut.* Nec obstat *l. 73. §. 1. de reg. jur.* Quoniam exhæredatio non extinguit jus sui hæredis, aut impuberem facit suæ potestatis, *§. 4. inf. de pup. subst.*

Quos in potestate habent) Tutela jure patriæ potestatis mandatur, *l. 40. de adm. tut. d. l. 1. de test. tut. d. l. 73. §. 1.* Itaque nec pater filio emancipato, nec mater liberis tutorem jure dare potest, sed opus est confirmatione, *tit. de conf. tut.*

Testamento) Codicillorum usu recepto etiam codicillis testamento confirmatis dari tutores cœperunt, *l. 3. de test. tut.*

In potestatem patris) *l. 1. §. ult. eod.* Quippe tutorem habere non potest, qui est in potestate patris; nec dari, nisi suo hæredi, *l. 73. §. 1. de reg. jur.* junct. *§. 2. infr. de hær. qual.*

Non poterunt ex testamento, &c.) Est tamen casus, ubi tutor utiliter datur nepoti, cujus pater superstes est in potestate, *l. 10. §. 2. de test. tut.*

COMMENTARIUS.

SPecies tutelæ tres sunt; testamentaria; legitima & Attiliana sive dativa, quas nunc ordine persequitur, initio facto a testamentaria, quæ reliquis duabus potior est; *inf. tit. 15. in pr. l. 9. §. 1. in fin. de tut. & rat. dist.* sicut & in deferenda hæreditate potior causa est hæredum ex testamento, quam ab intestato, *l. quamdiu 39. de acq. hær. l. 39. de reg. jur.* Ait, permissum esse parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare, paucis verbis complectens & personam dantis & ejus, cui datur, & formam dandi sive modum. In persona dantis exigit, ut sit parens: persona eorum, quibus datur, ut sint liberi, ut impuberes, ut sint in potestate dantis: sunt & qui quartum requirunt, ut hæredes instituantur, contra expressum textum *l. 4. de test. tut.* & jus veteris patriæ potestatis, *arg. §. 4. inf. de pup. subst.* In modo dandi, ut detur testamento. Testamento autem datus etiam is accipitur, qui codicillis testamento confirmatis scriptus est, *l. 3. de test. tut.*

In filios, filiasque, &c.) Lex duodecim tab. generali vocabulo liberorum usa est sine discrimine sexus aut gradus. Sive igitur feminæ sint, quibus tutor datus est, sive masculi, sive filii, sive nepotes, quia hi omnes appellatione liberorum continentur, *§. ult. seq. tit.* valet datio. Cæterum in nepotibus non aliter procedit, quam si post mortem avi in potestatem patris sui non recidant: quippe tutorem habere non potest, qui est in potestate patris, *hoc t. in pr.* Deinde nepos quamdiu pater eum in familia præcedit, non est suus hæres avo, *§. 2. pinf. de hær. qual. & dif.* tutor autem dari non potest nisi suo hæredi, *l. qui tutela 74. §. 1. de reg. jur.*

TEXTUS.

De Posthumis.

4. *Cum autem in compluribus aliis causis posthumi pro jam natis habeantur; & in hac causa placuit non minus posthumis, quam jam natis tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut, si vivis parentibus nascerentur, sui hæredes, & in potestate eorum fierent.*

NOTÆ.

4. *Pro jam natis*) Quoties de eorum commodo quæritur; ut hic, *l. 7. leg. uen. de stat. hom.* aliis autem non prosunt nisi natis, *leg. 231. de verbor. sign.* exemplum in *l. 2. §. 6. de exc. tut.*

Sui

Sui hæredes & in potestate) *leg.* 73. §. 1. *de reg. jur.* Nec minus tamen utilis est tutoris datio, si nati sint vivo patre, *leg.* 26. §. *ult. de test. tut.*

COMMENTARIUS.

Quod de tutore liberis jam natis dando dictum est; id hic etiam ad posthumos producitur, hoc est ad eos, qui tempore facti testamenti adhuc in utero sunt. Et ait Imp. etiam his testamento tutores dari posse hac ratione, quia qui in utero sunt, plerisque juris articulis pro jam natis habentur, nempe quoties de commodo eorum quæritur, ut in casu proposito, *l.* 7. & *l. pen. de stat. homin.* Poterat & a jure patriæ potestatis ratio peti, *arg.* §. 1. *infr. de exhæred. lib.* §. 4. *infr. de pup. subst.*

Sui hæredes & in potestate) Nempe quemadmodum nemo liberis jam natis tutorem dare potest, nisi quos in potestate & in suis hæredibus, cum moritur habet; ita nec posthumis potest nisi iis, qui, si vivo parente nascerentur, sui hæredes & in potestate ejus futuri essent. Utrumque Q. Mucius paucis complectitur. *Nemo*, inquit, *potest tutorem dare cuiquam nisi ei, quem in suis heredibus, cum moritur, habuit, habiturusve esset, si vixisset*, *l. quo tut.* 73. §. 1. *de reg. jur.* Et tamen casus, ubi tutor utiliter datur nepoti, cujus pater superstes in potestate est, *l.* 10. §. 2. *ff. de test. tut.*

TEXTUS.

De Emancipatis.

5. *Sed & si emancipato filio tutor a patre datus fuerit testamento; confirmandus ex sententia Præsidis omnimodo, id est, sine inquisitione.*

NOTÆ.

☞ 5. *Emancipato filio)* Idem est, si etiam non emancipato datus sit, codicillis non confirmatis, *l.* 1. §. 1. *de confir. tut.*

Omnimodo) Ita ἐπὶ τὸ πλεῖστον, *Ut plurimum d. l.* §. 2. interdum a voluntate patris recedet Prætor, *l.* 9. & 2. *seqq. eod. l.* 4. *de test. tut.*

Sine inquisitione) & sine satisdatione, *d. l.* 4. *d. l.* 1. §. 2. *l.* 3. *l.* 6. *eod.* A matre autem datus filio instituto (nam exhæredato a matre dari non potest, *d. l.* 4.) non satisdat quidem, sed ex inquisitione confirmatur, *leg.* 1. *de conf. tut. d. l.* 4. Ex *l.* 4. *C. de test. tut.* tollenda est negatio in illo, *Quando autem eos hæredes (non) instituerit.* Cujac. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1. *Quibus ex rebus æstimandum, an tutor jure datus sit?*
2. *In quibus differat confirmatio tutoris a patre non rite dati, & dati a matre, vel extraneo?*
3. *Explicatio l. 4. C. de test. tut.*
4. *Confirmatos tutores, non pro dativis, sed pro testamentariis habendos.*
5. *In his regionibus fere duo tantum esse genera tutorum, remissive.*

Emancipato filio) Diximus *tit. præc.* §. *præterea* 6. liberos per emancipationem potestate patris sui liberari; quamobrem pater non jure, neque ex præscripto legis 12. tab. tutorem dat filio emancipato: sed tamen qui ita non jure datus est, confirmatur auctoritate Magistratus, & quidem simpliciter, sive omnino, ut hic loquitur Justinianus, id est, sine inquisitione, sitne idoneus, necne. Locus postulat, ut de confirmandis tutoribus paulo quam hic factum est, disseramus accuratius. An tutor jure datus sit, ex hisce tribus potissimum æstimatur; ex persona dantis, si parens est; ex persona eorum quibus datur, si sint liberi impuberes & in potestate dantis: (1) ex modo dandi, si detur testamento aut codicillis testamento confirmatis, §. 3. *sup. eod.* Quapropter si quis alius, quam parens tutorem dederit, aut parens quidem, sed dederit liberis licet impuberibus, qui in ejus potestate non sunt; aut non dederit testamento sive codicillis testamento confirmatis; datio ipso jure non valet. Cæterum cum reverentiæ, tum affectui eorum, qui impuberibus non legitime tutores dederunt, tributum est, ut quod deficit, a Magistratu repleatur, datique confirmentur, *l.* 1. §. 1. *de conf. tut.* (2) Confirmatio autem hæc non unius modi. Interest enim, an pater tutorem non jure dederit, an quis alius præter patrem. Judicio patris hoc datum, ut si is aut non justo testamento, aut codicillis non confirmatis, aut quocumque modo filio emancipato tutorem dederit, scriptus tutor simpliciter confirmandus sit, hoc est, sine inquisitione, & satisdatione ei remissa, *hoc tex. l.* 1. §. 2. *l.* 3. *l.* 6. *de confirm. tut.* nisi quod ex causa nonnunquam inquisitio fiat, ut in casibus *l.* 8. & 2. *seqq. d. tit. l.* 4. *de test. tut. l.* 3. §. 3. *de adm. tut.* & quod in naturalibus liberis distinguitur, utrum pater, qui tutorem dedit, aliquid iis reliquerit, an nihil, *l.* 7. *d. tit. l. ult. C. eod.* Quod si alius quam pater tutorem dederit; sive mater sit, sive patronus, sive extraneus quis; non aliter hic tutor confirmatur, quam si & hæres impubes institutus sit, *l.* 4. *de test. tut. l.* 4. *de conf. tut.* Quæ etiam ratio est, cur datio sustineatur, *d. l.* 4. *de confirm. tut.* & inquisitio præcesserit, *l.* 2. *l.* 5. *d. tit. l. qui in tutel.* 28. §. 2. *de test. tut.* Hoc interest, quod a matre datus satisdatione non oneratur, sed ab ipso Prætore ex inquisitione confirmatur, *l.* 2. *de conf. tutor.* Cæteri fere remitti solent ad Magistratus municipalis confirmandos, præstita satisdatione, *l.* 5. *d. tit.* (3) Quod autem diximus, a matre datum tutorē non aliter confirmari, quam si hæredem filium instituerit, ei obstat *l.* 4. *Cod. de test. tut.* ubi & liberis non institutis a matre datum confirmari solere rescriptum est. Respondent nonnulli, hoc fieri solitum, non ex juris aliqua constitutione; sed ex usu, quod non placet. Nam retenta lectione negativa, hæc erit rescripta sententia; quod tutor a matre liberis institutis testamento datus, recte datus intelligatur, nec egeat confirmatione; secus si non institutis, idest præteritis aut exhæredatis dederit; quod aperte falsum est. Tollenda omnino in *d. l.* 4. negatio cum Cujac. Fabrot. ex illis verbis: *Quando autem eos hæredes (non) instituerit*; quomodo detracta scilicet negatione, & in quibusdam codicibus legi testatur Facius: ita omnia & inter se & cum ratione juris optime convenient. Ne quis ex eo, quod simpliciter dixerat Imperator, non posse matrem filiis testamento tutorem dare, nisi eos hæredes instituerit, putaret, cum eos hæredes instituerit, dationem sustineri ipso jure; mox quomodo hoc, quod dixerat, intelligendum sit, declarat: nempe etsi ne nunc quidem cum liberis institutis mater tutorem dat, ipso jure datio valeat, datum tamen a Præsidibus confirmari solere. Et sic bene quoque se habent illa sequentia, *Nullo vero ex his interveniente, &c.* nempe si aut mater non instituto filio tutorem dederit, aut instituto datus non sit confirmatus. Pater vero etiam filio exhæredato jure tutorem dat, *l.* 4. *l.* 26. §. 2. *l.* 31. *de test. tut.* quoniam tam exhæredatio jure patriæ potestatis fit, quam delegatur tutela. Porro tutores ita confirmati suo eodem genere cum testamentariis comprehendi possunt. (4) Primum quia perinde confirmari dicuntur, ac si ex testamento tutores essent, *l.* 3. *eod.* nisi quod a matre aut ab extraneo dati ex inquisitione confirmentur, quod naturam tutoris non mutat, *arg. l.* 8. & *seqq. eod.* Deinde quia confirmatio non pendet a voluntate & so-

& sola potestate confirmantis, *sed* magis in necessitate juris posita est; tenetur enim Prætor datum confirmare, & judicium defuncti, cujus proinde potissima ratio habetur, in confirmando sequi, *l. 1. §. 1. cod. Nesennius 32. de excus.* Un. eapparet, etiam ante quam confirmentur, pro testamentariis quadantenus haberi, ut legitimis præferantur: & male ratiocinari eos, qui ob id, quod is qui confirmat aliquando dare censetur, per *leg. 130. de verb. sign.* tutorem confirmatum pro dativo prorsus quam testamentario habendum existimant; confundentes confirmationem necessariam cum ea, quæ tota pendet ab arbitrio & voluntate confirmantis. Denique testamentarius curator diserte appellatur, qui testamento datus confirmatus est, *l. 7. rem pup. salv. fore.* Plane non omnes hujus tutelæ species æque prope ad testamentariam accedunt; nec repono, si quis mixtam dici malit. Apud nos fere duo tantum sunt tutorum genera; unum eorum, qui testamento, alterum, qui a Magistratu dantur; nec refert, a patre an a matre dentur; testamento, an codicillis. Legitimorum autem tutorum vix apud nos usus est: quamquam ubi testamento de tutela nihil cautum est, solent & tenentur Magistratus audire cognatos pupilli proximos; atque ex iis, qui modo idonei sint, tutores creare. Vid. quæ notamus *infr. in fin. tit. de leg. agn. tut.*

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

QUI TESTAMENTO TUTORES DARI POSSUNT.

Conf. Lib. 26. Tit. 2. Cod. Lib. 5. Tit. 28.

Continuatio & Argumentum Tituli.

SUperiore Titulo dictum est de iis, qui testamento tutores dare & quibus possunt: quæ quidem sola spectantur, sed tunc tantum, cum is, qui datus est, & tutor esse possit; de quo nunc deinceps disputatur; & simul de modis testamento tutores dandi; deque intellectu atque interpretatione nonnullorum verborum, quibus testator in dando tutore usus sit.

T E X T U S.

Qui tutores dari possunt?

Dari autem tutor potest testamento non solum paterfamilias, sed etiam filiusfamilias.

C O M M E N T A R I U S.

SEd *etiam filiusf.*) Idque non testamento solum, sed etiam a Magistratu, *l. 7. de tut.* Nec obstat, quod filiusf. in potestate patris est: nam tutela, munus est publicum, *infr. de excus. in pr.* In publicis autem causis filiusf. non sequitur jus patris, sed pro patref. habetur, *leg. 9. de his qui sui vel al. jur. l. 14. ad Treb.* At enim qui est in aliena potestate, alium in potestate habere non potest, *l. si eveniet 21. ad l. Jul. de adult.* Verum hoc est, sed de eodem genere potestatis accipiendum.

T E X T U S.

De Servo.

1. *Sed & servus proprius testamento cum libertate recte tutor dari potest. Sed sciendum est, & sine libertate tutorem datum tacite libertatem directam accepisse videri, & per hoc recte tutorem esse. Plane si per errorem, quasi liber, tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus pure inutiliter testamento datur tutor: sed ita, Quum liber erit, utiliter datur. Proprius autem servus inutiliter eo modo tutor datur.*

N O T Æ.

1. *Libertatem directam*) *leg. 32. §. 2. de testam. tut. l. penult. Cod. de nec. serv. man.* Immo fideicommissariam, Cujac. Vult. Bach. per *l. 9. de fideic. hær.* Resp. *d. l. 9.* accipienda de eo casu, quo servus tutor datus est codicillis, vel verbis præcariis, veluti, *Peto a te, hæres, ut Davus sit tutor liberis meis*, ut in *l. 1. §. 2. de conf. tut.*

Per errorem) Eo quod testator liberum esse putabat, cum esset servus, *l. 22. de test. tut. l. 24. §. 9. de fideicom. lib.* ἐπειδὴ ὁ πατὴρ καὶ τὸ περὶ τὸν τύχην αὐτοῦ διαθήμενος, ut ibi Græci.

Servus alienus pure inutiliter) intellige quoad verba & sententiam: nam illa datio *Davus tutor esto*; non est pura quoad sententiam, cum subaudiatur conditio, *cum liber erit*. Ita cont. ne obstet, *l. 10. §. ult. eod.*

Proprius inutiliter eo modo) Nec hæres eo modo recte instituitur, *l. 21. de cond. instit.* quoniam quod in nostra potestate est, in casum conferri non oportet, *l. 22. d. tit.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Veterum sententiæ consentaneum esse quod ait Justin. servum proprium simpliciter tutorem datum directo liberum fieri.*

NON solum liberi homines testamento tutores dari possunt, sed etiam servi; quia & cum servis testamenti factio est, *l. testamento 25. de test. tut. §. in extraneis, inf. de hær. qual. & diff.* Disputatur autem hoc §. de triplici forma mandandæ servis tutelæ, tum propriis, tum alienis. Prima hæc est: *Davus tutor & liber esto*; secunda. *Davus tutor esto*: tertia *Davus tutor esto, & cum liber erit.* De prima specie in servo proprio nulla est controversia: in alieno favor pupilli & publicæ utilitatis libertatem fideicommissam servo defendit, ut nimirum hæres eum a domino emat & manumittat, *l. 10. in fin. de test. tut.* De secunda, quod quidem attinet ad servum proprium, Justinianus hunc directam libertatem tacite accepisse scribit, ac per hoc recte tutorem esse: quod & Paulus non obscure indicat, *l. quæro 32. in fin. d. tit.* cum dicit, hoc ipso, quod a domino tutor datus est, libertatem quoque meruisse videri, eamque sibi vindicare posse, & ab adita hæreditate liberum esse. Tertia in alieno servo utilis: in propria inanis & ludicra indicatur, tamquam si quis diceret: hæc res tibi empta sit, si voluero.

Directa) Directa libertas dicitur, quæ recta ex testamento ad servum transit sine alterius facto aut opera, *§. 1. inf. de sing. reb. per fid.* Putat Cujacius, eumque secuti Vultejus & Bachov. hoc a Justiniano I. constitutum esse; sed eos refellit tum locus Pauli modo allegatus, tum quod Justinian. scribit, *l. pen. C. de nec. serv. hær. inst.* jure civili jam ante inductum fuisse, ut in quis servum suum sine libertate tutorem dedisset, ex ipsa tutelæ datione libertatem ei imposuisse præsumatur. Deinde quod idem mox constituit in servo omissa libertate hærede instituto, quod antea non obtinebat, *inf. de hær. inst. in pr.* nimirum ut hoc ipso, quod hæres institutus est, etiam libertas ei imposita videatur,

ad

ad exemplum servi simpliciter tutoris dati. Atqui servum simpliciter hæredem institutum, nemo est qui negare possit, (1) directo ex testamento liberum fieri ex constitutione Justiniani. Postremo cui datur fideicommissaria libertas, is non nisi volens & potens fit liber. Servus proprius tutor datur necessario. Non obstat quod dicitur in *l. 10. in fin. de test. tut.* nihil interesse, suum servum an alienum quis tutorem dederit: Hoc enim ad voluntatem dandæ libertatis, non ad qualitatem datæ referendum est: siquidem servo alieno non nisi fideicommissaria defendi perest. Magis obstat *l. etsi 9. Cod. de fide lib.* Communis responsio est, eum locum accipiendum esse de eo casu, quo servus tutor datus e4 codicillis, vel verbis precariis, veluti; *Peto a te, hæres, ut Stichus sit tutor liberis meis*. Quod etiam verba *d. l. per fideicommissum manumisisse* significant. Per fideicommissum enim nihil aliud est quam verbis fideicommissi, quibus ut tutor esset petierat, *arg. l. qui tutelam* 28. §. 1. *de test. tut.* Franc. de Amaya nobilissimus Hispaniæ Jurisconsultus putat, Veteres ipsos hic inter se non convenisse, *lib. 1. jur. obs. c. 7.*

Per errorem) Quod liber putaretur; quo casu servo tutelam mandare voluisse nemo creditur, *l. si quis* 22. *de test. tut. l. generaliter* 24. §. *si quis tutorem* 9. *de fideic. lib.*

Pure inutiliter) Hoc est, absque conditione, *cum liber erit*. Quid igitur est, quod Ulp. ait *d. l. 19. §. ult. de test. tut.* in hac datione semper inesse hanc conditionem, *cum liber erit*? An dicemus, hoc contra rationem juris benigne receptum esse? An potius sententiam testatoris inspiciendam, ut si hæc non refragetur, valeat: si manifeste repugnet; datio sit inutilis? *d. l. 10. in fin.* Quid enim si ita verbis pure datus est, ut nec sententia eum liberum esse testator voluerit, veluti si liberum eum esse jam ante existimavit? Et hoc verum est. VINN. Sed dicere malim, Veteres hic dissensisse & Justinianum quidem eorum probasse sententiam, qui expresse addendam hanc conditionem existimabant. Tribonianum autem *l. 10. §. ult. ff. de test. tut.* incaute inseruisse Pandectis, quod & alias aliquando factum est. HEIN.

Proprius autem servus inutiliter) Nam perinde, ac si diceret testator, tutor esto, cum a domino suo libertatem adeptus erit, quod cum dominus ipse loquitur, aperte ludificari & nihil agere intelligitur, veluti si quis dicat, hæc res tibi empta est, cum ea tibi vendidero.

T E X T U S.

De furioso & minore 25. annis.

2. *Furiosus vel minor viginti quinque annis tutor testamento datus tutor tunc erit, cum compos mentis, aut major viginti quinque annis fuerit factus.*

C O M M E N T A R I U S.

TUtores testamento dari possunt, non solum qui tempore facti testamenti jam idonei sunt ad tutelam administrandam, verum etiam qui eo tempore idonei non sunt, modo tales sint, ut natura postea idonei fieri possint, quales sunt furiosi, & minores 25. annis.

Cum compos mentis) Proculo videbatur, furiosum testamento tutorem pure dari non posse, *l. 10. §. 3. de test. tut.* Et videri potest pater non satis serio agere; qui eum tutorem pure dat, quem scit tutelam gerere non posse. Sed placuit etiam hoc patri licere, quasi tacite sub hac conditione detur, ut tutor sit, cum sapere cœperit, *d. l. 10. §. 3. l. 11. de tut.* Medio autem tempore tutor aut curator a Magistratu dabitur, *inf. de Attil. tut.* §. 1. & *inf. de curat.* §. *ult.*

Major 25. annis) *l. quæro* 32. §. *ult. de test. tut.* Et hic interim usque ad legitimam dati tutoris ætatem alius a Magistratu dabitur, *l. 10. §. si libertus 7. de excus.* Recte autem hic monet D. Bachovius, ponendos esse terminos habiles, ut minor, qui tutor datus est, ejus sit ætatis, ut ante pubertatem pupilli annum 25. implere possit, alioqui dationem esse lusoriam, ac protinus a Magistratu tutorem dandum: quod sic accipe, si legitimum tutorem pupillus non habeat.

T E X T U S.

Quibus modis tutores dantur?

3. *Ad certum tempus, vel ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante hæredis institutionem posse dari tutorem non dubitatur.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Servum, furiosum, minorem 25. annis a Magistratu non recte tutorem dari, neque tutorem tempori aut conditioni adstringi.*

ETiam in modo testamento tutores dandi placet testatoris voluntatem servari. Itaque non solum pure, sed ex die etiam & sub conditione tutorem recte dederit, ut qui datus sit, non ante sit tutor, quam dies aut conditio extiterit, & deficiente conditione tutor non fit. Potest & ad certum diem & usque ad certam conditionem tutor dari, ut finito tempore aut conditione existente tutor esse desinat, *l. 8. §. 1. & 3. de test. tut. l. si adrogati* 14. §. 3. & *ult. de tut.* §. 2. & §. *pen. inf. quib. mod. tut. fin.* & deficiente quidem aut finita tutela testamentaria, locus erit legitimo tutori, pendente Attiliano, *leg. 11. de test. tut.* junct. *l. 9. §. 1. de tut. & rat. distr.*

Vel ante hæredis institutionem). Apparet hoc favore pupilli jam olim receptum fuisse. Poterat autem de eo dubitari: propterea quod jure veteri ante hæredis institutionem legata inutiliter relinquebantur. (1) Nunc autem nulla amplius dubitandi ratio est. §. 34. *inf. de leg.* Hic paucis admonendi sumus, ea quæ de servis, furiosis, minoribus 25. annis tutoribus datis, itemque de tutore tempori aut conditioni adstringendo dicta sunt; omnia propria esse tutelæ testamentariæ, atque ex interpretatione verborum legis 12. *Uti quisque legassit* &c. patri permissa. Non eadem libertas Magistratibus data. Nam hi sub conditione tutorem dare vetantur, *l. 6. §. 1. de tut.* Quamobrem nec servus, nec furiosus, nec minor recte ab iis tutor dabitur, sive sub conditione expressa, servus *cum liber erit*, &c. sive simpliciter & pure: nam & tunc eadem conditio perinde inesse creditur, atque si expressa esset, *leg. 10. §. pen. & ult. de test. tut.* Cur tam varie? Nimirum quia ab officio Judicis aut Magistratus alienum est actus suos suspendere, atque imperfectos relinquere. Ideo enim additur, ut in præsenti nobis officium, atque auctoritatem suam, qua opus est, impertiatur; quod & Jo: Fabro suboluit, qui ad hoc utitur *arg. l. non quemadmodum 35. de judic. l. 1. §. biduum, 5. quand. app.* Aliam insuper rationem afferunt vulgo DD. quod tutore a patre sub conditione da-

dato, Magistratus sit, pendente conditione pupillo prospicere; at si a Magistratu tutor sub conditione daretur, neminem adiri posse, qui pendente conditione pupillo consulat. In eo autem Gloss. & DD. in *d.l.6.§.1.* errare existimo, quod putant, etiam Magistratum sub tacita conditione tutorem dare posse, per *leg.11.de test. tut.* quippe quæ de tutela testamentaria omnino accipienda est, ut & Bart. eam accepit. Plane usque ad conditionem, sub qua tutor testamento datus est, a Magistratu interim alium tutorem tacite dari posse non ambigitur, §. 1. *inf. de Attil. tut. l. 11. in pr.*

TEXTUS.

Cui dantur.

4. *Certæ autem rei vel causæ tutor dari non potest: quia personæ, non causæ, vel rei tutor datur.*

NOTÆ.

3. *Certæ rei*) Ex Ulp. *leg.* 2. Marcian. *l.14. de test. tut. Certæ rei*, nec deductis rebus, *d. l.12.* ἐπὶ τῇ ἐγκλήματι πράγματι, ut vertunt Græci. Etsi datus fuerit, tota ratio non valebit, *l. 13. eod.* Aliud juris est, si quis hæres certæ rei scribatur, *l. 1. §. 4. de her. inst.*

Non potest) Universo tamen patrimonio alicujus loci utiliter datur, *l. 15. eod.*

Personæ) Principaliter scil. nam per consequentiam etiam rebus pupilli dari intelligitur, *leg. 12. §. pen. de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

1. *Dispositioni hujus. §. apud nos locum non esse.*

Certæ rei vel causæ) Veluti Mævius, quia mercaturæ peritus est, tabernæ pupilli tutor esto. quia juris & consuetudinis forensis lites, & controversias persequatur.

Quia personæ) Datur enim tutor ad tuendum pupillum, §. 1. *sup. t.* ideoque si ad certam rem aut causam datus fuerit, tota datio non valebit, *l. 12. cum 2. seq. de test. tut.* quoniam tutoris officio non congruit. Non obstat *l.12. §. cum tutor, 3. de adm. tut.* Aliud enim est certæ rei tutorem dare, aliud rebus pupilli omnibus tutorem datum præpositum intelligi. Nam cum personæ pupilli tutor detur; per consequentiam etiam rebus ejus dari intelligitur, quæ conditionem personæ sequuntur. Et vero si personæ pupilli consulendum est; necesse est, ut non tantum personæ & moribus pupilli, sed etiam rebus ejus tutor præponatur, *d. l. 12. de test. tut. d. l. 12. §. cum tut. 3. de adm. tut.* Atque in hoc præcipue differt tutor a curatore, qui rebus minoris principaliter datur, *l. 8. C. de nupt.* & ad unum certumque negotium recte decernitur, & 2. *inf. de curat. l. 7. de tut. dat.* Plane si tanto locorum intervallo disjunctum sit matrimonium, ut difficulter ab uno administrari queat, pupilli favore receptum est; ut rebus ita disjunctis, puta rei Africanæ, aut Siriacæ, tutor dari possit, *l. 15. de test. tut.* quo tamen casu singuli tutores in solidum dari intelligantur, nec tam tutela dividi quam administratio. Una sane superioris regulæ exceptio videtur, quod impuberi ad hæreditatem adeundam ut tutor detur ex causa permissum est, *l. 9. de tut. dat. l. 10. de test. tut. l. 17. §. 1. de appell.* Mater quoque dicitur potius in rem quam in personam tutorem dare videri, *l. 4. de test. tut.* quasi nec verus tutor sit, qui ab eo datus est, qui jus dandi tutorem ex lege non habet. Apud nos hæc juris Romani subtilitas non observatur: sed potest, auctore Grotio 1. *manud. c.7.* tutor vel testamento, vel a Magistratu etiam ad certam rem vel causam dari. Quoniam hodie sublata est tutorum & curatorum differentia, vid. *inf. tit. de curat.* Potest etiam a Magistratu dari ex die vel ad diem vel sub conditione (quod jure Romano solis parentibus permissum erat. §. *præc.*) modo ne pupillus unquam indefensus maneat. Illud etiam nunc manet, quod tutor incertus nec testamento recte dicitur, *l. tutor. 20. l. tut. 23. de test. tutor. §. sed nec 27. inf. de leg.*

TEXTUS.

De tutore dato filiabus, vel filiis, vel liberis, vel nepotibus.

5. *Si quis filiabus suis, vel filiis tutores dederit; etiam posthumæ, vel posthumo dedisse videtur: quia filii vel filiæ appellatione & posthumus, & posthuma continetur. Quod si nepotes sint; an appellatione filiorum & ipsis tutores dati sint? Dicendum est, ut & ipsi quoque dati videantur, si modo liberos dixerit. Cæterum si filios; non continebuntur. Aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Plane si posthumis dederit, tam filii posthumi, quam cæteri liberi continebuntur.*

NOTÆ.

Si quis filiabus) Ex Ulp. *l. 5. & l. 6. de test. tutor.*

Etiam posthumæ) In legatis contra, *l. 17. de leg. 1.* quia legata liberis non ut liberis relinquuntur, sed ex affectione singulari erga hos vel illos: at tutor liberis, ut liberis datur jure potestatis.

Aliter filii, aliter nepotes) Natura filium a nepote distinguit, & hic naturalem propriamque appellationem sequimur: quia ut ab ea recedamus, nulla justa est ratio, alias filii appellatione & nepos continetur, justa scil. interpretatione, *leg. 84. l. 201. l. 220. de verb. sign.* Exempla in *l. 59. de rit. nupt. leg. 2. §. 25. ad Tertyl. l. 14. de senat. Mac.* Filias tamen appellatione filiorum his quoque venire placet, *l. 16. de test. tut.*

Posteris) Leg. *posthumis*, *d. l. 6.* & ita Theoph. & alii.

COMMENTARIUS.

1. *Appellatione liberorum venire omnes, qui ex nobis descendunt.*
2. *Filiorum appellatione in hoc argumento contineri & posthumos; nepotes non contineri, filias contineri. Et quæ horum omnium ratio?*
3. *Appellatione posthumorum venire liberos omnes nascituros sive primi, sive ulterioris gradus.*

Voluntatis quæstio est, cum quæritur, qui liberi appellatione filiorum, liberorum, posthumorum contineantur. Et de liberis, ut inde incipiam, nulla dubitatio est, quin ea appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineantur; sive filii sint, sive nepotes, aut deinceps, sive jam nati, sive adhuc nascituri, *l. liberorum 220. de verb. sign.* (1) Quamobrem si quis liberis tutores dederit, non solum filiis, sed etiam nepotibus, & qui infra eos sunt, dedisse intelligitur; ut ex Ulp. *leg. 6. de test. tut.* Justinianus hoc loco refert, dummodo post mortem dantis in potestatem patris sui recasuri non sint, §. 3. *sup. cit.* De filiis duo hic quærantur, unum est, an eorum appellatione etiam posthumi

humi contineantur: alterum, an & nepotes. De primo ait: *Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit; etiam posthumæ vel posthumo dedisse videtur: quia filii vel filiæ appellatione & posthumus: & posthuma continetur;* quod & Ulp. respondet *l. 5. d. t.* Cui tamen loco obstare videtur quod idem Ulp. scribit *l. qui filiabus 17. in pr. de legat. 1.* eum, qui filiabus legavit, non intelligi posthumæ legasse, nisi & mentionem aliqua parte testamenti posthumæ fecerit. Sed hæc minime repugnant. Tutor enim datur jure potestatis ut filiis & liberis; posthumi autem æque filii & liberi sunt cæteri. Legata vero liberis non ut liberis relinquuntur, sed ex singulari affectione ergo certos: quæ affectio in proposito erga posthumum non præsumitur; ita fere Angel. hic post *Gloss. in d. leg. 17.* Alterum est utrum filiorum appellatione etiam nepotes veniant. Et ait, non venire. Quia aliud sit filius, aliud nepos: filius enim est, qui ex me & uxore mea natus est; nepos, qui ex filio meo; hoc idem & Ulp. *d. leg. 6.* Quid ergo est, quod legimus in *l. filii 84. l. liberor. 220. de verb. sign.* filiorum appellationem etiam nepotes cæterosque, qui ex nobis descendunt, contineri? Nimirum ubi justa interpretatio id suadet, *leg. justa 201. eod. tit.* Nam nec a proprietate verborum aliter recedendum est, *leg. non aliter 69. de legat. 3.* Exempla suppeditant *l. senatus 59. de rit. nupt. l. 2. §. filiis 28. ad Tertyl. l. 14. de sen. Mac.* Et fingamus in proposito, testatorem filios non habere, sed nepotes tantum: aut finge, nepotes solos esse impuberes; dubitandum non est, quin filiorum nomine nepotes intellexerit, ne nihil egisse videatur: quod & Jo. Faber notat. At filios testator habeat impuberes, nulla justa causa est, cur recedamus a proprietate sermonis, dicamusque, filiorum appellatione & nepotes eum complecti voluisse. Nam nepotibus fortasse magis expediat peculiarem tutorem habere legitimum vel dativum, quam eum, qui a parente datus est, qui filiorum tutela satis sit implicitus atque occupatus. Cui adde, quod hic agitur de gravando extraneo, cujus interest, ne nimium oneretur. Illud hic omissum est, an appellatione filiorum etiam filiæ contineantur. Responsum est, contineri, *leg. 16. in pr. de test. tut.* quippe in toto jure pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum porrigitur, *l. 1. l. pronuntiatio 195. de verb. sign.* De posthumis est in vers. *Plane si posthumis.* Et ait Imp. si posthumis tutor datus sit, tam filios posthumos, quam cæteros liberos contineri, id est, ut recte hoc accepit Theoph. contineri non tantum posthumos primi gradus, verum etiam secundi & ulteriores: si modo in ea causa sint, ut si vivo testatore nascerentur, in potestate ejus futuri sint, neque testamentum rupturi, *l. 1. §. 1. de test. tut.* Quare necesse non est, ut cum Haloandro pro *posthumis* substituamus *posteris*, maxime cum apud Ulp. quoque *l. 6. eod.* unde hæc descripta sunt, *posthumis* legatur; & ut Bald. ibi notat, vox posthumi non distinguat gradus, ut filii, sed colligas, add. Dom. *3. comm. 4.* Div. Tuld. *hic cap. 4.* D. Jac. Coren. *consf. 14.* ubi disputat, an vox Belgica *Kindt*, aut *Kinderem*, tam late pateat, quam Latina *liberorum*, ut & Sande, *lib. 4. rer. jud. tit. 5. defin. 10.*

TITULUS DECIMUS QUINTUS.

DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

Lib. 26. Tit. 4. Cod. Lib. 5. Tit. 30.

Ratio ordinis & argumentum Tituli.

TEstamentariam tutelam excipit legitima. Ea est, quæ lege defertur iis fere, qui ad legitimam hæreditatem impuberis vocantur. Species hujus tutelæ quatuor; agnatorum; patronorum; parentum; & fiduciaria; quarum duæ priores proprie sunt legitimæ, *l. 1. h. tit.* sequentes duæ ἀναλογικῶς. Singulæ singulis titulis hic explicantur: in pr. & C. omnes uno. Hoc autem titulo exponitur species prima, quam agnatorum esse diximus, traditurque unde ea descendat; quinam sint agnati; quando iis tutela deferatur; postremo subjicitur specialis quidam hujus tutelæ finiendæ modus.

T E X T U S.

Summa.

Quibus autem testamento tutor datus non est, his ex lege duodecim tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

N O T Æ.

Ex lege 12. tab.) *l. 1. de leg. tut.* ubi summa providentia constitutum dicitur, ut qui sperarent successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur. Lege autem Solonis non deferebatur agnatis, nisi remotioribus; Laert. in *Solone*, contraria vid. ratione, quod fere quisque conetur, eum, quem proximus hæres insequitur, expungere, ut ait Pers.

COMMENTARIUS.

1. *Quid intersit inter agnatos & gentiles, gentem & familiam?*

QUibus testamento) Semper enim legitimi tutores, ut supra quoque dictum est, cedunt testamentariis, *l. 11. de test. tut. l. 9. §. 1. de tut. & ra. distr.* sicut & legitimi hæredes iis, qui ex testamento vocantur, *leg. quamdiu, de acq. hær.* Et vulgo dici solet, provisio hominis facit cessare provisionem legis, *per l. ult. C. de pact.*

Ex leg. 12. tab. agnati sunt tutores) Lex 12. tab. & ad hæreditatem legitimam vocavit agnatos, atque iisdem etiam tutelam legitimam detulit. Idque summa providentia a lege constitutum esse Ulp. scribit, ut qui sperarent successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur, *d. l. hoc tit.* Hæc autem tutelæ species ea est, quæ a Servio dicitur jure civili data, *l. 1. de tut.* Etenim legitimos tutores nemo dat, sed lex eos tutores facit, *l. 5. loc. cit.* Hotomannus putat, etiam gentilium mentionem a lege factam. Et sane in hæreditate facta est, auctore Cornificio ad Heren. *lib. 1.* qui verba legis sic refert: *Si paterf. intestato moritur; familia pecuniaque ejus agnatorum gentiliumque esto.* (1) Ut omnino verisimile sit, eodem modo post agnatos & tutelam gentilibus delatam fuisse. Quid intersit inter gentiles & agnatos, multi ante nos docuerunt. Dicam tamen obiter. Quod discrimen est inter gentem & familiam, hoc idem est inter gentiles & agnatos. Gens ex pluribus con-

constat familiis, quæ singulæ cognominibus distinguuntur: nam, ut nomen universæ genti commune est; ita cognomen proprium cujusque familiæ; quæ gente continetur. Qui ejusdem gentis sunt, gentiles: qui ejusdem familiæ, agnati dicuntur. Verbi causa, in gente Valeria sunt Corvini, Maximi, Messalæ, Flacci; hi omnes unam gentem Valeriorum constituunt: singuli singulas in ea gente familias; omnesque inter se gentiles sunt; singuli inter se etiam agnati. VINN. Recte tamen Cic. *Topic. cap. 6.* addit, gentiles esse non omnes, *qui ejusdem nominis*, sed *qui ab ingenuit oriundi, & quorum majorum nemo servitutem servierit*. Nam & liberos patronorum nomina adsumpsisse, nemo ignorat. HEIN.

SEXTUS.

Qui sunt agnati?

1. *Sunt autem agnati, cognati per virilis sexus cognationem conjuncti, quasi a patre cognati: velut frater ex eodem patre natus; fratris filius; neposve ex eo; item patruus; & patrui filius: neposve ex eo. At qui per feminini sexus personas cognatione junguntur, agnati non sunt, sed alias naturali jure cognati. Itaque amitæ tuæ filius non est ibi agnatus, sed cognatus; & invicem tu illi eodem jure conjungeris: quia qui ex ea nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur.*

COMMENTARIUS.

PEr *virilis sexus*) Agnati dicuntur, qui per virilis sexus personas cognatione juncti sunt *leg. 7. hoc tit. §. 1. inf. de leg. agn. succ. leg. 2. §. 1. de suis & leg.* modo non sint capite minuti, & sint in familia, *§. ult. inf. eod.* Nihil autem refert, an natura quæsita sit agnatio, an adoptione, *d. l. 2. §. 3. de suis & leg.*

Veluti frater ex eodem patre) Masculus tantum ex agnatis hoc loco recenset: quia licet etiam feminæ quædam nobis agnatæ sint, veluti soror ex eodem patre nata, amita, fratris filia; tutela tamen solis maribus jure communi defertur, *l. 1. §. 1. hic tit.*

Naturali jure cognati) Cognationis nomen per se generale est: siquidem cognati dicuntur omnes, qui vel jure sanguinis, vel jure adoptionis non contingunt; proinde & agnati. At idem nomen oppositum agnationi ad eam speciem cognationis contrahitur, quæ per feminas copulatur, *l. 4. §. 2. l. ult. §. 1. & 2. de grad. & aff.* Idem hic plane accidit, quod in nomine adoptionis notavimus sub *§. 1. sup. de adopt.* Agnati nostratibus dicuntur *van de Swaers zy*, cognati *van de Spizzy*.

TEXTUS.

Quis dicatur intestatus?

2. *Quod autem lex duodecim tabularum ab intestato vocat ad tutelam agnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is, qui poterat tutores dare; sed si quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit; quod tunc quoque accidere intelligitur, cum is, qui datus est tutor, vivo testatore decesserit.*

COMMENTARIUS.

QUantum *ad tutelam*) Diserte ait, quantum ad tutelam, ut & Jurisconf. *l. 6. hoc tit.* nam ad hæreditatem quod attinet, nemo intestatus decessisse intelligitur, qui testamento facto, unde hæres postea extitit, decessit, *inf. de hær. qui ab int. def. in princ.*

Vivo testatore) Exempli causa positum arbitror. Quid enim si post mortem testatoris ante ceptam tutelam decesserit? Sane non minus hoc quam illo casu recte dicitur paterf. quoad tutelam intestatus decessisse. Sed etsi tutor testamento datus post ceptam tutelam decesserit, vel in civitate esse desierit, nihilominus ad legitimum tutela redit, *l. 6. hoc tit. l. 11. §. pen. & ult. de test. tut.* Unde vel magis dicendum est, si ad certam conditionem vel ad certum tempus datus sit, existente conditione aut finito tempore ad legitimos tutelam reverti; quasi qui dedit pro parte intestatus, quod ad tutelam pertinet, decesserit. Plane si tutor testamento datus postea excusatus sit, aut remotus, placet, non legitimum succedere, sed in locum ejus alium a Magistratu dari, *d. l. 11. §. 1. & 2.* Diversi hujus juris non alia ratio occurrit, quam quod illis modis ipso jure tutela finitur, & plane extinguitur; excusatione autem & remotione non item, sed interventu Magistratus, quasi ipso jure perinde quodammodo habeatur, ac si excusati ac remoti adhuc tutores essent.

TEXTUS.

Quibus modis agnatio vel cognatio finitur?

3. *Sed agnitionis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam agnatio juris civilis nomen est, cognationis vero jus non omnibus modis commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non utique.*

COMMENTARIUS.

1. *Tutelam legitimam minima capitis deminutione non amplius tolli.*
2. *In his regionibus vix usum esse legitimæ tutelæ: & quid moris cessante testamentaria?*

DIffert agnatio a cognatione etiam in eo, quod agnatio quavis capitis deminutione etiam minima, tollatur, & consequenter jura agnitioni tributa ut tutelæ & hæreditates intereant, *l. 7. de c. min. l. 5. §. ult. hoc tit.* Cognationis autem jus non mutetur, nisi maxima aut media capitis deminutio intervenerit. De quo amplius *§. pen. seq. tit.* qui hujus loci explicationem continet. Hanc autem inter agnationem & cognationem differentiam idcirco hoc loco proposuit Justinianus, ut aditum sibi patefaceret ad tractatum de capitis deminutione.

Plerumque) Additum propterea, quod jus agnationis certis personis novis legibus datum interveniente minima capitis deminutione non perimitur: quippe quibus legibus hæreditates & tutelæ sic deferuntur, ut personæ naturali nomine designentur; ut ecce, defertur hæreditas ex Senatusconsultis matri & filio, *d. l. 7. de cap. min. §. 2. inf. de sen. Orfic. l. 1. §. 8. ad sent. Tert.* Constitutione quoque Anastasii, frater emancipatus neglecta capitis deminutione ad legitimam fratris vel sororis hæreditatem & tutelam vocatur, *l. 4. C. h. t. §. 1. inf. de succ. cogn.* Justinianus & fratrum emancipatorum filios vocat, *l. ult. §. 4. C. de legit. hær.* (1) Novissimo autem jure cum in totum sublata sit agnationis & cognationis hac in parte differentia, pariterque cognati cum agna-

tis

tis ad legitimam tum hæreditatem, tum tutelam vocantur. *Nov.* 118. *c.* 4. & 5. consequens omnino est, legitimam tutelam minima capitis deminutione non amplius tolli.

Quia agnatio juris civilis nomen) Sicut & familia, cujus appendix est agnatio. Neque obstat, quod etiam aliæ gentes familiarum & agnationum rationem habuerunt. Multa enim etiam apud alias gentes observantur, quæ tamen non sunt juris naturalis: quippe non ratione naturali, unde jus gentium æstimandum, *l.* 9. *in fin. de just. & jur.* constituta, sed civili dumtaxat, argumento est adoptio, de qua *sup. tit.* 11. item usucapio, de qua *lib.* 2. *tit.* 6. tale etiam est jus agnationis.

Civilia jura corrumpere potest) Quod non sic accipiendum est, quasi minima capitis deminutione omnia jura civibus tributa amittantur; sed ea tantum quæ familiæ illius sunt propria, e qua capite minutus exit.

Naturalia vero non utique) Οὐ πάντως, non omnino. Th. non capitis deminutione minima. Pompon. *l.* 8. *de reg. jur. nullo jure civili*, id est, nulla juris civilis vel fictione, vel solemnitate, veluti emancipatione. Vid. §. *pen. seq. tit.*

(2) Apud nos legitimæ tutelæ vix usus est, ut notavimus *sup. tit. de tut. in fin.* præterquam in agro Voormano, juxta *art.* 74. statutorum illius agri confirmatorum a Carolo V. an. 1519. Cæterum cessante tutela testamentaria, Magistratus tutelaris, sicubi est, aut qui juri dicendo præsunt, tutores (fere tamen proximos pupilli cognatos) creant. Ac ne pupilli diu indefensi maneant, tenetur parens superstes, aut eo tutelam suscipere recusante, duo e proximis per defunctum pupillo cognatis, intra certum tempus statui, aut consuetudine locorum definitum, tutores a Magistratu petere, qui cum de consilio eorum, atque etiam ex iis quod sine fraude pupillorum fiat, tutores eligit atque constituit. Quamobrem pater & mater, iisque deficientibus, avus & avia in tutela filiorum suorum & nepotum cæteris præferuntur: quibus tamen contutor unus atque alter e cognatis defuncti proximis adjungendus est, patris & avi tutela perpetua est; matris & aviæ transitu ad secundas nuptias finitur: neque ad tutelam admittuntur, nisi prius beneficio Senatusc. Vellejani renuntiaverint, juxta dispositionem juris civilis Romanorum, *anth. matri & aviæ & seq. C. quand. mul. tut.* Sed nec mater iterum vidua facta tutelam recuperat; uti judicatum refert Mynf. 3. *obs.* 84. adde Jo: Guttierez *de tut. p.* 1. *c.* 8. & 9. Si ex parentibus nemo exstabit, tenentur ad minimum duo ex iis, qui pupillum proxime contingunt, unus per patrem, alter per matrem, similismodo tutores petere: atque hic quoque proximos tunc eliget Magistratus, aut si illi idonei non sint, qui proxime sequuntur, & ita deinceps. Demum si cognatorum nemo sit idoneus, alios ex inquisitione tutores creabit. Consule statuta tutelaria Rhynlandiæ, *art.* 12. *cum aliquot seq.* Grot. 1. *manud.* 7. Christ. *vol.* 3. *dec.* 147. *n.* 4. & *seq. dec.* 149. ubi refert, moribus Galliæ & Mechlineusium matrem & aviam non renunciare Vellejano.

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE CAPITIS DEMINUTIONE.

Lib. 4. *ff. Tit.* 5.

Continuatio & summa Tituli.

IN *π* hic locus inter restitutiones in integrum tractatur *lib.* 4. *tit.* 5. Justinianus autem cum in §. *ult. sup. tit.* decuisset, jus agnationis, ac proinde & tutelam legitimam quovis genere capitis deminutione perimi; inde occasionem arripuit de ea re plenius separatim disputandi: quod facit *h. t.* ubi primum quid sit capitis deminutio definit; deinde diviso genere in suas species itidem quæ sint singulæ & quam vim habeant, exponit: tum intespretatur quod in *d.* §. *ult.* dixerat cognationis jus capitis deminutione non omnibus modis interverti; & tandem corollario docet, quo ordine agnatis tutela deferatur.

TEXTUS.

Definitio & divisio.

Est autem capitis deminutio prioris status mutatio, eaque tribus modis accidit. Nam aut maxima est capitis deminutio aut minor (quam quidam mediam vocant) aut minima.

NOTÆ.

Prioris status mutatio, Græci πρώτης καταστάσεως ἐναλλαγή. Apud Paulum in *l.* 1. *eod.* non est *prioris*. *Status* hic est, quod a genere, a civitate, a rer. natura tribuitur, *l.* 3. *de int. & releg.* nempe familia, civitas, libertas, *l. ult. h. t. tit.*

Tribus modis) Auson. *Idyll.* 11. *Triplex libertas, capitisque minutio triplex*, nimirum uno ex tribus illis, quæ dixi, amisso, contingit deminutio, *d. l. ult.*

COMMENTARIUS.

CApitis deminutio) Verbi capitis varia est & multiplex acceptio; ut videre est apud Hotomannum & alios in *Lexic.* Hic significat personam locum aliquem ordine civium proprio obtinentem, quæ locum cum amittit, capite minui dicitur. Putatque Hotomannus, ad *personam translatum esse*, quod de ipso ordine proprie loquendo dici debeat; ut ecce: cum quis deportatur aut emancipatur, ordo civium aut agnatorum capite uno minuitur. HEIN. Vocabulum hoc e censibus Rom. profluxisse ostendimus in *Antiq. Rom. hoc tit.* Et sane semper fere veteres ita loquuntur: *Censa sunt capita civium* 260000. Exempla passim apud Livium. Quoties itaque civis statum mutabat, nomen ejus e tabulis censualibus erat expungendum, adeoque civitas capite minuebatur, vel caput eximebatur de civitate *l.* 2. §. *de publ. judic.* Hinc *caput* pro statu, & *capitis deminutio* pro status mutatione dici cœpit. HEIN.

Status mutatio) *l.* 1. *hoc tit. l.* 2. *de in int. rest.* Græci, καταστάσεως ἐναλλαγή κεφαλῆς ἐλάττωσις. Status quoque vocabulum multa significat: sed in hoc tractatu accipitur dumtaxat pro eo jure, quod singuli in civitate habemus, nimirum libertatem, civitatem, familiam; quæ tria scite Chremes apud Terentium *in Eunucho, act.* 4. *scen.* 7. *v.* 35. *seq.* his verbis complectitur, *Dico, eam esse liberam, civem Atticam, meam sororem.*

Tribus modis) Tot enim necesse est sint genera capitis minutionis, quot sunt quæ in persona cujusque civis considerantur, quorumque uno amisso, status ejus commutatur, *l. ult. hoc tit.* Qui duo tantum genera faciunt magnam & minorem, appellatione magnæ maximam & mediam, quæ hic etiam minor dicitur, comprehendunt; quod facit Ulp. *l.* 1. §. *filius* 4. *de suis & leg.* *l.* 1. §. *capitis minutio* 8. *ad SC. Tertyll.* item Callistratus *leg.* 5. §. *ult. de extraord. cognit.* VINN. Conf. quæ notavimus supra ad §. 4. *de justitia & jure.* HEIN.

TEXTUS.

De maxima capitis deminutione.

1. *Maxima capitis deminutio est, cum aliquis simul & civitatem & libertatem amittit: quod accidit his, qui servi pœnæ efficiuntur atrocitate sententiæ; vel libertis ut ingratis erga patronos condemnatis: vel his, qui se ad pretium participiandum venundari passi sunt.*

NOTÆ.

1. *Vel libertis*) Libertus ingratus jure libertatis exuitur, & patrono in servitutem redigitur, *l. 2. C. de libert. & eor. lib.* quod Attico jure obtinuit. Plat. 11. *de legib.* Plut. *in Solon.* usurpavit Claudius, Suet. *in ejus vit. c. 25.*

COMMENTARIUS.

CUM omnia amittamus quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam, maximam capitis deminutionem pati dicimur, *l. ult. hoc tit.* Hoc autem iis semper accidit, qui servi efficiuntur: nam sublata libertate tolluntur quoque reliqua duo. Sic Regulus *capitis minor* Horatio, id est, servus factus per captivitatem, *lib. 3. carm. Od. 5. v. 42.* De modis, quibus quis in servitutem redigatur, plenissime explicatum est §. *pen. sup. de jur. perf.* & nominatim de servitute pœnæ, *in §. pœnæ servus 3. sup. quib. mod. jus pat. pot.*

In gratia) Ita legit Pacius, alii *ingratis*. Hotomannus *ingrati*, ut subaudiatur *crimine* vel *judicio*. Usurpavit hoc jus Imperator Claudius, teste Suetonio in ejus vita c. 5. Estque de eo tit. *in C. de libert. & eor. lib.*

TEXTUS.

De Media.

2. *Minor sive media capitis deminutio est, cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur: quod accidit ei, cui aqua & igni interdictum fuerit: vel ei, qui in insulam deportatus est.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur sontibus olim aqua & igni interdici solitum?*

L*Ibertas retinetur*) *l. 2. §. 1. l. 17. §. 1. de pœn. leg. 6. de interd. & releg.* Objici solet locus Callistrati in *leg. pen §. ult. de extr. cogn.* Sed locus iste haud dubie depravatus est, & pro *Veluti*, legendum *Vel*, quomodo & in nonnullis codicibus legi testatur Accursius. Alb. Gentilis citra correctionem rem expedit *lib. 3. lect. 10.* ex una particula *Veluti* duas faciens *vel uti*. Nimirum Callistratus sub magna capitis deminutione utramque, & qua libertas & qua civitas amittitur, complexus est; quod & aliis familiare esse paulo ante monuimus. Nisi quis malit, cum Cujacio, locum illum de libertate ex jure Quiritium accipere, quasi jure Quiritium liber non sit, qui in numero Quiritium non est, ut disputat Cic. *in fin. orat. pro Cæcina*. VINN. est hac Cujacii sententia verius, alia erat libertas Juris gentium, alia Juris Quiritium; quam luculenter explicavimus in *antiq. Rom. in adpend. Lib. 1. §. 25. sequ.* illa capitis deminutione maxima: hæc & media eripiebatur. Liv. *lib. 45. c. 5.* Præclare rem omnem confecit V. C. Ger. Noodt. *Obs. Lib. 2. cap. 21.* HEIN.

Cui aqua & igni) Jure a majoribus tradito non licuisse civem licet noxium, aut supplicio capitis afficere, aut libertatem ei, civitatemve adimere, multi tradiderunt; Cæsar *orat. sua apud Sallust. de bell. Catil.* Cicero in suis *pro Aul. Cæcin. pro dom. sua; pro Corn. Balb.* Lactant. *l. 2. c. 10.* Cæterum cum ad disciplinæ publicæ vigorem omnino pertineat, delicta & scelera malorum hominum impunita non relinqui; inventa ratio est, qua civitate, salvo instituto majorum, expellerentur. (1) Itaque aqua & igni sontibus interdici cœptum est, ut his duobus tamquam vitæ humanæ præsidiis destituti, si exitium sibi paratum vitare vellent, in exilium proficisci cogerentur, inque alium civitatem profugere, in quam cum essent recepti, Romanam demum amittebant. Quibus igitur aqua & igni interdicebatur, iis quidem aperte vita non eripiebatur, ac ne civitas quidem, (siquidem nulla exilii facta mentione hæc pœna irrogabatur) sed tacite tamen morte quodammodo multabantur, vique ipsa expellebantur civitate; cum solo aere vivere aut regi non possent: nec fas esset eos aut tecto recipere, aut aqua & igni, cæterisve, quibus vita continetur, juvare; ut ex ead. orat. Ciceronis *pro domo sua, cap. 29. & 81.* liquet.

In insulam deportatos) Deportatio species exilii fuit atrocissima, cum scilicet quis ita damnabatur, ut bonis publicatis, nervo aut compedibus vinctus, & in navim impositus, a servis publicis in certam insulam deportaretur, ibique in perpetuum concluderetur. Qua pœna manifesto caput eximitur de civitate, civesque ad peregrinorum conditionem rediguntur, *l. 17. §. 1. de pœn. l. 6. de int. & releg.* Non uno autem loco in libris nostris traditum est, deportationem in insulam in locum aquæ & ignis interdictionis successisse *l. 2. §. 1. de pœn. l. 3. ad leg. Jul. pecul. l. pen. in fin. de extr. cogn.* Itaque umbra vetusti juris adhuc retenta, aqua & igni interdictos nostri deportatos interpretamur, *l. 1. §. hi quibus 2. do legat. 3. l. 2. de publ. jud.* eademque & in aliis locis illorum interpretatio facienda est. Consule Brisson. *lib. 3. sel. antiq. cap. 5.*

TEXTUS.

De minima.

3. *Minima capitis dominutio est, quum civitas retinetur & libertas, sed status hominis commutatur: quod accidit in his, qui quum sui juris fuerint, cœperunt alieno juri subjecti esse, vel contra; veluti si filiusfamilias a patre emancipatus fuerit, est capite deminutus.*

NOTÆ.

3. *Alieno juri subjecti esse*) Puta adrogati, eorumque liberi, *l. 3. pr. eod. §. pen. sup. de adopt.* Item dati in adoptionem personæ non extraneæ, §. 2. *sup. d. tit.*

Emancipatus) Emancipatus capite minuitur, *leg. 8. in fin. cum l. seq. hoc tit.* Quia, ut ait Paul. *l. 3. §. 1. eod.* emancipari nemo potest, nisi in servilem imaginariam causam deductus: alibi tamen rationem petit a familiæ mutatione, *l. ult. eod.* quod contingit etiam hodie, sublata licet imagine servitutis.

COMMENTARIUS.

1. *Quomodo intelligendum quod Ulp. scribit, minimam cap. deminutionem salvo statu contingere?*

2. *Non solum adrogato capite minui, sed etiam adoptato, quamquam cum distinctione.*
3. *Emancipati cur capite minui dicantur: & numquam post, imagine servitutis sublata, capite minui desierint.*

(1) SEd *status hominis*) Minima capitis deminutio est, per quam salva civitate & libertate, status dumtaxat hominis mutatur, Ulp. *de tut.* §. 12. Idem tamen Ulp. *l.* 1. §. *cap.* 8. *ad SC. Tertyl.* scribit, hanc capitis deminutionem contingere salvo statu, quæ videri possunt contradictoria. Et utique essent, si vocabulum status utroque loco eodem modo acciperetur: nulla autem contradictio est, si eo vocabulo quod est, ὁμώνυμον, non in eadem significatione utrobique utatur. Ergo recte dicit hanc capitis minutionem contingere salvo statu, sed statu publico quem quis ut civis habet: recte item eamdem non contingere salvo statu, sed privato, quem quis habet in familia, *l. ult. h. t.* In definitione autem *pr. hujus tit.* tradita, appellatione status utrumque continetur.

Qui eum sui juris) Qui se adrogandum dat, manifeste capite minuitur, quia caput suum in familiam & domum alienam transfert, *leg. pen.* §. 2. *de bon. poss. sec. tab.* (2) Liberos quoque, qui eum sequuntur, de quo dictum §. *pen. sup. de adopt.* capite minui placet, quia & ipsi cum parente familiam mutant, *l.* 3. *pr. h. t.* Sed etsi filius famil. a patre in adoptionem detur, dicendum est eum capite minui, quia in alienam familiam transit, *l.* 5. §. *pen. de grad. & aff.* quod tamen ex constitutione Justiniani non aliter nunc contingit, quam si non extraneo adoptatus sit, de quo *sup.* §. 2. *de adopt.* & §. *antepen. sup. quib. mod. ju. patr. potest.*

A patre emancipatus) Emancipatos capite minui, jura agnationis & familiæ perdere, patri post emancipationem extraneos intelligi, tot locis proditum est, ut de eo dubitari non oporteat. (3) Cur autem emancipati capite minui dicantur, hanc rationem affert Paulus *d. l.* 3. §. 1. *h. t.* quia in imaginariam servilem causam deducuntur. Unde plerique contendunt, hodie sublata in emancipationibus antiqua servitutis imagine, *l. ult. C. de emanc. lib.* §. *præterea* 6. *sup. quib. mod. jus pat. pot.* emancipatos capite non amplius minui: non magis quam illi capite minuuntur, qui morte patris, aut accessione dignitatis sui juris fiunt, *l.* 3. §. *ult. de SC. Marc. Nov.* 81. *c.* 2. Sed verendum, ne illa Pauli ratio & ipsa aliquid imaginarii habeat; certe adæquata non est. Nam primum constat, in adrogationibus nullas venditiones aut manumissiones intervenisse; & tamen adrogati liberique eorum capite minui dicebantur hoc solo, quod familiam mutarent. Deinde si sublatis illis venditionibus emancipati capite non minuuntur: quid opus fuit, ut Anastasius liberis, qui sine justo ritu emancipantur, jura tutelarum & successionum nominatim conservaret, si parens manumissor id peteret? *l.* 11. *C. de l. hær.* Postremo si jura agnationis & familiæ non amitterentur, nisi interventu imaginarii illius contractus; necesse non erat Justinianum specialiter cavere, ut ii, quos dignitas patria potestate eximit, eadem jura integra retinerent, *d. l. Nov.* 81. *c.* 2. Quamobrem potius est, ut a familiæ mutatione rationem petamus, quod & ipse Paulus facit *l. ult. h. t.* Sic igitur sentio; etiam post venditiones illas sublatas recte dici emancipatis contingere capitis deminutionem: propterea quod non minus nova quam veteri emancipatione familiam amitterent, & pro extraneis haberentur, ut ex iis, quæ jam dicta sunt, liquet. Ceterum jure novissimo, quo differentia agnationis & gnationis tum in successione, tum in tutelis penitus sublata est, *Nov.* 118. *c.* 4. & 5. vix est, ut emancipatio inter genera capitis minutionis referri possit. VINN. Pauli ratio solida omnino videtur. Hinc cum Virgines Vestales a Pontifice caperentur: id tamquam singulare privilegium notat Gellius *lib.* 1. *c.* 12. quod captæ *sine emancipatione & sine capitis minutione e patris potestate exierint.* Rationes Vinnii, quibus Paulum oppugnat, non sunt maximi ponderis. Nam quod ad primam attinet, unius rei plures causæ esse possunt. Duo posteriora ex ipsis Anastasii & Justiniani legibus solvuntur. Nam quamvis ii imaginarias venditiones sustulerint: voluerunt tamen, ut emancipatione Anastasiana & Justinianæa ejusdem cum vetere effectus essent: perinde ac si venditiones istæ fuerint adhibitæ. HEINN.

T E X T U S.

De Servo manumisso.

4. *Servus autem manumissus capite non minuitur: quia nullum caput habuit.*

N O T Æ.

4. *Servus capite non minuitur*) Servile caput nullum jus habet, *d. l.* 3. *in fin.* nullum jus, id est, nec familiam, nec civitatem, nec libertatem: sed demum post manumissionem hæc consequitur.

COMMENTARIUS.

SErvile caput nullum jus habet, & ideo nec minui potest, inquit Paulus, *l.* 3. *in fin. eod.* Quod igitur hic ait Justinianus, servum nullum caput habere; idem est ac si diceret, servum nullum jus habere aut locum in tribus illis, quæ civium propria esse diximus; libertatem, inquam, civitatem, familiam: ad quæ tria in hoc tractatu capitis & status vocabula referuntur, quæ alioquin per se latius patent, & de persona servili etiam prædicantur, *tit. de stat. hom.* & *sup. de jur. pers.*

T E X T U S.

De mutatione dignitatis.

5. *Quibus autem dignitas magis, quam status permutatur, capite non minuuntur, & ideo a Senatu motos capite non minui constat.*

COMMENTARIUS.

DIgnitas quoque appellatione status generali continetur; ideoque qui Senatu vel alio ordine movetur, recte dicitur circa statum dignitatis plecti, *leg.* 5. §. 2. *de extr. cogn.* Sed quia ita moti existimatio dumtaxat minuitur, cætera autem, quæ civem proprie constituunt, salva manent: idcirco in hoc argumento dicitur capite non minui, sed cives manere integri capitis, *l.* 3. *ff. de senator.*

T E X T U S.

Interpretatio §. ult. sup. tit. prox.

6. *Quod autem dictum est, manere cognationis jus etiam post capitis deminutionem, hoc ita est, si minima capitis deminutio interveniat: manet enim cognatio. Nam si ma-*

si maxima capitis deminutio interveniat, jus quoque cognationis perit: puta servitute alicujus cognati, & ne quidem si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed & si in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur.

NOTÆ.

6. *Si minima capitis deminutio.*) Ex. gr. Si L. Titius patruelis meus a patre suo emancipatus sit, agnationis jura amittimus, cognationis retinemus: & ideo ad mutuam successionem ex edicto unde cognati vocamur, §. 1. *inst. de succ. cogn.*

COMMENTARIUS.

1. *Jus sanguinis seu cognationis quot modis accipiatur?*
2. *Manumissos non recipere cognationem servitute amissam, at beneficio Principis restitutos recipere.*

Redit Imp. ad id quod §. *ult. sup. tit.* dixerat, cognationis jus non omnibus modis capitis deminutionis solvi, sicuti solvitur agnatio. Quia occasione oblata, simul de capitis deminutione, quo res ea planius intelligeretur, differendum putavit: docetque nunc, quod de cognatione dixit, eam capitis minutione non perinde ut agnationem perimi, de minima accipiendum esse: maximam vero & mediam, utpote quæ mortalitati comparantur, *l. verum* 64. §. *societas* 10. *pro soc.* etiam intervertere jus cognationis.

Jus quoque cognationis perit) Huic loco obstare videri potest quod dicit Pomp. *l.8. de reg. jur.* Jura sanguinis nullo jure civili dirimi posse. (1) Sed sciendum est jura sanguinis sive cognationis bifariam accipi; vel plane naturaliter atque pro eo jure, in quo sola sanguinis conjunctio spectatur; vel pro jure, quod cognita propter cognationem jure civili vel honorario defertur. Illo modo si jus sanguinis accipias, nullo jure civili dirimi potest; ut ecce, jus civile efficere non potest, ut qui pater est, pater esse desinat; qui frater, desinat esse frater; ut nuptiæ inter patrem & filiam, inter fratrem & sororem consistant. At posteriore modo acceptum certis personis adimi potest; ut puta potest jus civile efficere, ut ne filius patri, frater fratri certo casu succedat, aut ad bonorum possessionem unde liberi aut unde cognati vocetur. Nam hæc jura licet naturalia recte dicantur propter rem, cui tribuuntur, quæ est naturalis cognatio: tamen quia inter cives tantum instituta sunt, etiam ad jus civile suo modo referuntur, *leg.* 17. §. 1. *de pœn.* unde fit, ut etiam civili constitutione, hoc est, capitis deminutione, perimantur: excepta tamen ea, quæ salva civitate contingit.

(2) *Ne quidem si manumissus*) Is qui servus aliqua ratione factus est, cognationem manumissione non recipit; ac proinde ad bonorum possessionem unde cognati a Prætore non vocantur, *l.1.§.2.l.7.unde cogn. & infr. de serv. cogn. in pr.* Nam dominus quidem libertatem servo imponere potest, & jus suum remittere; jus autem cognationis, quod servitute amiserat, ei restituere non potest. Plane qui servi pœnæ affecti beneficio Principis restituuntur, etiam jus cognationis recipiunt, *l.1.§.4.ad SC.Tertyll.l.1.§.ult.l.2.de bon.poss.cont.tab.* Atque hoc quidem iure veteri obtinebat. Justinianus autem postea etiam libertinos ad similitudinem ingenuorum succedere voluit, §.2.*inf.de serv. cogn.* & novissime libertinos ingenuis per omnia exæquavit, excepto jure patronatus; *Nov.*78.

Cognationem) Hoc est jus, quod propter cognationem, cum adhuc liber & in civitate esset, habebat. Cæterum ipsa cognatio aut sanguinis conjunctio servitute non extinguitur: quæ idcirco etiam nuptiis post manumissionem impedimento est, §. *illup.* 10. *sup. de nupt.*

In Insulam deportatus) Deportati quoque jura cognationis amittunt; sed a Principe restituti, per omnia pristinum statum recipiunt, §. 1. *sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.*

TEXTUS.

Ad quos Agnatos tutela pertinet?

7. *Cum autem ad agnatos tutela pertinet; non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum, qui proximiore gradu sunt: vel si plures ejusdem gradus sunt: ad omnes pertinet, veluti si plures fratres sunt, qui unum gradum obtinent, pariter ad tutelam vocantur.*

NOTÆ.

7. *Cum autem ad agnatos*) Ex Cajp. *l. 9. ff. de leg. tut.*

COMMENTARIUS.

Qui *proximiore gradu*) Æquum enim est, ut illi onus tutelæ subeant, qui & ad successionem vocantur: vocantur autem soli agnati proximi, *inf. de l. agna. succ.*

Ad omnes pertinet) Si plures sint agnati eodem gradu, pariter omnibus tutela defertur, *l.8.& l.9. de l. tut.* nempe quia & ad hæreditatem omnes simul admittuntur, §. 5. *inf. del agn. succ.* Quid ergo si aliqui ex proximioribus, vel etiam omnes mortui sint, vel capite minuti? Et quidem quamdiu unus adhuc superest, & in familia est, tutela penes eum remanet, per *l.* 3.§.5.*de leg. tut.* Cæterum si omnes decesserint, vel capite minuti sint, sequentes in tutelæ administrationem succedunt, *d.* 3. *l.* §. *pen.* Qua in re tutela legitima olim differebat a legitima agnatorum hæreditate, in qua placebat successionem non esse; hoc est: si proximi defecissent, in sequentium gradum non admitti, §. *placebat* 7. *inf. d. t.* Enimvero nec in tutela semper admittitur successio: nam si proximus vel excusatus sit, vel remocus, sequentes non succedunt, sed in locum abeuntis alius a Magistratu datur, *arg. d. leg.* 3. §. *quæri* 8. Idem dicendum videtur, & si proximus idoneus non sit ad tutelam gerendam, *arg.* §. *pen. inf. de curat. leg. non solum* 10. §. *si libertus* 17. *de exc.* quasi hic proximus gradus adhuc supersit. Novissima Justiniani constitutione legitima tutela cognatis juxta defertur ac agnatis. *Nov.*118.*cap.* 5. ut Platonis quoque lege cautum, ἐπιτρόπους εἶναι τοὺς ἐγγύτατα γένει πρός πατρός καὶ μητρός. *l.b.* 11. *de legib.*

TITULUS DECIMUS SEPTIMUS.

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

Lib. 26. *D. Tit.* 4. *C. Lib.* 5. *Tit.* 30.

Continuatio.

Ex quatuor generibus, in quæ tutelam legitimam distribuimus, ut primum explicatum est; tutela agnatorum: alterum nunc sequitur, patronorum, qui & ipsi proprie legitimi tutores sunt ex ratione & mente legis 12. tab. *leg.* 1. *l.* 3. *de leg. tut.* junct. *l.* 6. §. 1. *de verb. sign.*

TEX-

TEXTUS.

Ex ratione Leg. 12. Tab. quæ tutelas agnatis idcirco defert, quia hæredes ab intestato sunt, inductum est, ut patroni liberorum suorum tutelam susciperent, quæ ideo legitima dicitur, l. 3. ff. de legit. tut.

Ex eadem lege duodecim tabularum, libertorum & libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quæ & ipsa legitima tutela vocatur: non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur; sed quia perinde accepta est per interpretationem, ac si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso quod hæreditatis libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere; crediderunt veteres, voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere: cum & agnatos, quos ad hæreditatem lex vocat, eosdem & tutores esse jusserit; quia plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi & tutelæ onus esse debet. Ideo autem diximus plerumque: quia si femina impubes manumittatur, ipsa ad hæreditatem vocatur, cum alius sit tutor.

COMMENTARIUS.

Non quia nominatim) Lege 12. tab. patronis tutela defertur, non propalam aut nominatim & disertis verbis, quemadmodum agnatos lex vocat, sed per consequentiam hæreditatum, quæ ex ipsa lege patronis datæ sunt, *l. 3. pr. de l. tut.* Ulp. *de tutel.* §. 2.

Per interpretationem) Prudentum scilicet, quibus permissum erat leges publice interpretari, & consulentibus de jure respondere, §. *responsa prudentum* 8. *sup. de jur. nat. gent. & civ. l. 2. §. his l. 5. de orig. jur.*

Perinde accepta est) Verbum *ex legibus*, ait Ulp. sic accipiendum est, *tam ex legum sententia, quam ex verbis*, *l. 6. §. 1. de verb. sign.* Et Celsus, *Scire leges*, inquit, *non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*, *l. scire 17. de legib.*

Ubi successionis est emolumentum) Prudentum collectio fuit, patronos ideo ad tutelam libertorum a lege vocari, quia vocantur ad eorum intestatorum hæreditatem, hoc argumento, quod non aliam ob causam tutela agnatis delata fuit, quam quod & ipsos ad hæreditatem lex vocasset, *l. 1. de l. tut.* Recte & naturæ juris convenienter, quo comparatum est, ut incommoda cujusque rei eum sequantur, quem sequuntur commoda, *l. 10. de reg. jur. leg. un §. pro secundo 4. C. de cad. toll.*

A femina manumittantur) Interdum alibi est hæreditas, alibi tutela: quod fit, cum illi, qui ad hæreditatem vocantur, non sunt idonei ad tutelam administrandam; ut puta si femina manumiserit, aut consanguinea sit pupillo, *d. l. 1. §. 1.* quippe tutela virile munus est, *l. 16. l. ult. de tut. l. 2. de reg. jur.* Excipiuntur mater & avia quibus liberorum suorum tutelam gerere tamdiu permittitur, donec ad secundas nuptias transeant: ea tamen conditione, ut inter gesta Senatusc. Vellejani auxilio renuntient, *auth. matri & aviæ cum auth. seq. C. quand. mul. off. tut.*

TITULUS DECIMUS OCTAVUS.

DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

TEXTUS.

Exemplo patronorum recepta est & alia tutela, quæ & ipsa legitima vocatur: nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, & deinceps impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

COMMENTARIUS.

Tertia species tutelæ legitimæ paratum est, qui liberos impuberes contracta fiducia emanciparunt: id quod ex constitutione Justiniani semper fieri intelligitur, §. *ult. de l. agn. succ. l. ult. C. de emanc. lib.* repete quæ notavimus ad §. *præterea 6. sup. quib. mod. jus pat. pot.* Hæc autem tutela non eodem modo per interpretationem legis 12. tab. introducta est, quo præcedens illa patronorum: neque enim ut lex patronos ad successionem libertinorum vocat, ita & vocat parentes ad successionem liberorum emancipatorum; unde Ulpian. hanc tutelam non legitimam, sed *fiduciariam* appellat, *tit. de tutel.* §. 4. Cæterum quia ad similitudinem tutelæ patronorum jure civili introducta est, eo quod parens, qui filium manumittit, patroni personam induit, atque ab hoc ad legitimam filii, qui liberti patitur exitum, *l. 1. si a par. quis man.* hæreditatem vocatur: *l. 10. de suis & leg. l. 2. C. de SC. Tert. §. ult. inf. de l. agn. succ.* obtinuit, ut etiam hæc tutela legitima potius diceretur quam fiduciaria: quasi & ipsa ad rationem legis duodecim tab. pertineret; quam etiam ob causam parens manumissor vicem dicitur legitimi tutoris sustinere, *l. 3. in fin. de l. tut.*

TITULUS DECIMUS NONUS.

DE FIDUCIARIA TUTELA.

TEXTUS.

Filiifam. a patre manumissi pater tutor est legitimus: eo vero defuncto, frater tutor fiduciarius existit.

Est & alia tutela, quæ fiduciaria appellatur; nam si parens filium, vel filiam, nepotem, vel neptem, vel deinceps impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam. Quo defuncto, si liberi ejus virilis sexus existant, fiduciarii tutores filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, vel cæterorum efficiuntur. Atqui patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi sunt tutores, quoniam filius quidem defuncti, si non esset a vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficeretur, nec in fratrum potestatem recideret, ideoque nec in tutelam. Libertus autem, si servus mansisset, utique eodem jure apud liberos domini post mortem ejus futurus esset. Ita tamen hi ad tutelam vocantur, si perfectæ sint ætatis: quod nostra constitutio in omnibus tutelis & curationibus observari generaliter præcepit.

NOTÆ.

Filiorum suorum) Igitur & pater filii sui ab avo emancipati, contra quam existimant Cujac. Hotom. & Fabrot. Nam cum ad patrem quantumvis hæredem jus patronatus, quod avus in nepote habuit, non transeat, *l. 1. §. si a par. man.* nec tutela, cui jus illud causam dedit, transire potest, consule Bach. & nostra hic in comm.

Si perfectæ sint ætatis) Vid. Bach. ad §. 13. *infr. de excusat. tut.*

COMMENTARIUS.

Generali tutelæ legitimæ appellatione etiam fiduciariam complexi sumus *sup. de l. agn. tut.* quia & ipsa vicem

vicem quadantenus legitimæ sustinet; ut enim tutores legitimi, ita & fiduciarii ipso jure tutores fiunt, & excludunt Attilianos; unde & permixte iisdem locis, quibus de legitimis tutoribus disputatur, etiam de fiduciariis quæritur; ut *hic & in Pand. l.* 4. Cæterum quia hæc tutela nulla interpretatione referri potest ad legem duodecim tabularum; ideo non legitima, sed peculiari nomine fiduciaria appellata est: haud dubie per abusionem vocabuli, quod cum in patre, cui alioqui soli id proprie convenit, non valuisset, ad liberos ejus, quasi hæreditarium translatum est, inopia alterius nominis; ut recte conjicit D. Hotom. VINN. Proprie fiduciaria tutela fuit, quam *per similitudinem patroni* suscipiebat pater naturalis, qui remancipatum sibi ab emptore filium manumiserat. Ulp. *tit. XI.* §. 5. Adeoque hoc nomen ei tutelæ competebat, quam superiori titulo *legitimam parentum tutelam* vocat Justinianus. Et sane cum contractus fiduciæ inter patrem naturalem, & fiduciariam intercederet; vix excogitari potest ratio, cur fratrum potius tutela, quam parentum, vocanda sit fiduciaria. Cæterum hæc tutela non minus ex Interpretatione legis XII. tabularum fluit, quam illa. Pater enim emancipans veluti patronus est, ergo frater emancipati patroni filius. Ergo ad eumdem, mortuo patre, tutela pertinet. HEIN.

Filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, vel cæterorum) Observandum hic est, tres fiduciariæ tutelæ quasi gradus a Justiniano poni, quorum primus est filiorum; alter fratris vel sororis; tertius cæterorum. Non igitur frater tantum fratris emancipati, aut patruus fratris filii, defuncto patre suo emancipatore & tutore legitimo, fiduciarii tutores sunt: sed etiam ipse pater filii sui ab avo emancipati, eo mortuo, non legitimus ut avus, sed fiduciarius tutor erit: contra quam Hotom. & Mynf. existimant Cur autem ne hic quidem legitimus sit, mox intelligetur.

Atqui patrono) πρόληψις. Videri enim poterat dicendum esse, hosce omnes esse tutores legitimos exemplo liberorum patroni, qui patrono legitimo tutore, mortuo legitimi fiunt tutores liberti. Sed exemplum hoc dissimile est. Nam lex duodecim tab. non modo patronos, verum etiam liberos eorum ad legitimam successionem liberorum vocat, & consequenter etiam ad tutelam, eadem videlicet ratione, qua vocantur patroni. Pater autem aut frater filii sui aut fratris ab avo, vel pater emancipati legitimi hæredes non sunt; nec igitur legitimi tutores, *l.* 1. *unde legit. l.* 5. *unde cogn.* Atque hæc ratio generalis est pertinens ad omnes personas, quas enumeravimus. Aliam etiam mox reddit Justinianus.

Quoniam filius quidem) His verbis occurritur propositæ objectioni. Ratio autem diversi juris, quam hic Justinianus affert, particularis est, & claudicare videtur in nepote ab avo emancipato. Etenim nepos, si emancipatus non fuisset, post mortem avi in potestatem patris sui in potestate reteni recidisset; ideoque ex ratione Justiniani etiam in legitimam patris sui tutelam post mortem avi recidere debet. Nisi dicamus, in eo adhuc differentiam esse, quod ad liberos patroni jus patronatus jure hæreditario redit, ac proinde & tutela legitima, quæ jus illud sequitur; prorsus ut libertus, si servus mansisset, post mortem domini in potestatem liberorum ejus hæreditate pervenisset. At liberi non jure successionis, sed proprio patris jure in potestatem ejus recidunt; quippe qui & exhæredatus eamdem potestatem retineat: neque ad patrem quantumvis hæredem jus patronatus, quod avus in nepote habuit, transit *per l.* 1. §. *pen. si a par. quis man.* ut mirum non sit, eum non succedere in tutelam, qui non succedit in jus patroni, aut in potestatem, quæ tutelæ causam dedit. Recte autem hic notant Interpp. fiduciarios tutores esse desiisse, ex quo fratres emancipati ad legitimam fratrum tutelam ab Anastasio vocati sunt, *l.* 4. *C. de legit. tut.* Maxime vero jure novissimo, quo juris agnatici & cognatici discrimen hac in parte penitus sublatum est. *Nov.* 118. *c.* 4. & 5.

Nec in tutelam) Subaudi, *legitimam emancipatus recidit*. Alioqui perspicue falsum esset: nam ex fratribus in potestate retentis, patre mortuo, qui eorum ætatis perfectæ est, alterius fratris legitimus fit tutor. D. Hotomannus putat, totum hoc adventitium esse, atque a Glossatore annotatum.

Perfectæ ætatis) *l. ult.* §. 4. *C. de leg. hær.* Ætatem autem perfectam appellat, qua completur virilis vigor, nempe annorum quinque & viginti, *leg.* 1. §. 2. *de min. l.* 4. *l.* 8. *de leg. tut. l. ult. C. eod. l. ult. C. de his qui ven. ætat.* Quæ notat Cujacius; & Pacius exscripsit, olim ita jus fuisse, ut minores 25. annis legitimi & dativi tutores fierent, &c. falsa esse ostendimus *inf. de excus.* §. *item major* 13.

TITULUS VIGESIMUS.

DE ATTILIANO TUTORE, ET EO, QUI EX LEGE JULIA ET TITIA DABATUR.

D. Lib. 26. *Tit.* 5. *C. Lib.* 5. *Tit.* 34. & 36.

Continuatio & summa tituli.

PRogreditur nunc Imp. ad tertiam tutelæ speciem, nempe dativam sive Attilianam, cujus postrema ratio est; docetque, quibus ex legibus; a quo Magistratu; & quando tutores dentur. Postremo nonnihil attexit, quod ad tutores omnes & officium eorum in universum pertinet.

TEXTUS.

Jus antiquum, si nullus sit tutor.

SI cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem a Prætore urbano, & majore parte Tribunorum plebis tutor ex lege Attilia: in Provinciis vero a Præsidibus provinciarum ex lege Julia & Titia.

NOTÆ.

Ex lege Attilia) Duo hic notanda 1. jus dandi tutores, non competere Magistratui vi suæ jurisdictionis; sed ex speciali legis concessione *leg.* 6. §. 2. *ff. de tut.* 2. lege Attilia sublatum in hac causa fuisse jus intercedendi collegarum. Hotom.

Lege Julia & Titia) Unica hæc lex fuit, ut lex Julia & Papia; & quando aut a quibus lata sit, parum constat. VINN. Immo constat satis, eam legem latam esse anno U. C. 722. Cæsare August. III. & M. Titio Cons. Vid. H. Vales *ad Excerpta Peiresc. pag.* 61. Atilianam contra anno 413. a L. Attilio Regulo, Tribuno plebis, (vid. Liv. *l.* 9. *cap.* 30.) latam esse, demonstravimus in *Antiq. Rom. hoc tit.* §. 9. HEIN.

COM-

COMMENTARIUS.

NUllus omnino) Neque testamentarius, neque legitimus, aut qui sub illis continetur, a Magistratu confirmandus & fiduciarius. Atque hæc species ex duabus summis, quæ locum Attiliano tutori faciunt, prima est. Altera est in §. 1. *hujus ejusd. tituli*. Duæ autem causæ in hoc principio indicantur, quas ad constitutionem hujus tutelæ concurrere oportet: una est remotior; nimirum leges Attilia, Julia & Titia, quæ quando aut a quibus latæ, parum constat: altera propinqua est, videlicet factum Magistratus, cui ex istis legibus jus dandi tutores competit; ut in urbe Prætori cum Tribunis plebis; in provinciis Præsidibus earum. Unde dicimus, eos solos jus dandi tutores habere, quibus id nominatim lege aliqua concessum est, *l. 6. §. 2. de tut.*

Majore parte Tribunorum) Id est, sex: erant enim decem, *l. 2. §. 84. de orig. jur.* Liv. *l. 3. c. 30.* Halsc. *l. 6.* Hoc autem non sic accipiendum est, quasi Prætor una cum sex tribunis, quem vellet tutorem dederit; sed quod cum omnes Tribuni adhiberentur, ex sententia tamen majoris partis tutor creandus esset, sublato in hac causa jure intercedendi collegarum: cum alioqui vel unus e collegis intercessione impediri potuisset quod cæteri decrevissent, ut recte hic monet D. Hotom. & passim testatur Livius.

TEXTUS.

Si spes sit futuri tutoris Testamentarii.

1. *Sed etsi in testamento tutor sub conditione, aut ex die certo datus fuerat; quamdiu conditio, aut dies pendebat, ex iisdem legibus tutor alius interim dari poterat. Item si pure datus fuerat; quamdiu ex testamento nemo hæres existebat, tamdiu ex eisdem legibus tutor petendus erat: qui desinebat esse tutor, si conditio extiterat, aut dies venerat, aut hæres extiterat.*

COMMENTARIUS.

1. *Tutor ex certo die testamento datus cur statim non fiat tutor.*
2. *Cur placeat testamentariam tutelam in suspenso esse, quamdiu nemo hæres ex testamento existit.*
3. *Quibus casibus accidat, ut inter mortem testatoris & aditionem hæreditatis plusculum temporis intercedat.*
4. *Aliquando etiam ad adeundam hæreditatem impuberi tutorem a Magistratu dandum.*

HIC alter casus proponitur, quo tutor a Magistratu datur; nempe si is, qui testamento datus est, impediatur, quominus in præsentia tutelam capessat. Sic enim in universum jus est, ut quamdiu speratur tutela testamentaria, legitima cesset, *l. 11. de test. tut.* Impedimenta hæc quatuor ex causis potissimum oriuntur; vel quod tutor testamento datus sit sub conditione; vel quod ex certo die; vel quod hæres institutus aditionem hæreditatis protrahat; vel denique quod qui testamento datus est, ab hostibus captus sit, de quo §. *seq.*

Sub conditione, aut ex certo die) Ex *d. l. 11. de test. tut.* De conditione res certa est: quippe quæ actus omnes suspendit, §. 4. *inf. de verb. obl.* Dies quoque incertus pro conditione est, *l. 1. §. 2. l. dies 75. de cond. & dem.* (1) De certo die justa esse poterat dubitandi ratio. Nam sicut obligationi dies certus adjectus non impedit, quominus quod promissum est, præsenti die debeatur, §. 2. *inf. de verb. oblig.* ita & tutor ex die datus videri poterat statim tutor esse, ut jam alius tutor dari non posset propter regulam traditam §. *pen. inf. de curat.* Sed claudicat comparatio. Quippe ratio non patitur ut dicamus, eum tutorem esse, in quem nihil juris ante diem testator collatum voluit.

(2) *Nemo hæres existebat*) Hoc idem traditur in *l. 10. pr. de test. tut.* & ratio est, quia quamdiu pendet aditio hæreditatis, tamdiu quoque in suspenso sunt omnia, quæ in testamento scripta sunt; atque ut adita demum hæreditate confirmantur; ita ea non adita una cum testamento corruunt, *l. 9. d. tit.* (3) Potest autem fieri, ut inter mortem testatoris & aditionem hæreditatis plusculum temporis intercedat, vel quod hæres sub conditione institutus sit, vel quod diebus creationum aut jure deliberandi utatur. Cæterum hæc ad eum dumtaxat casum referri posse videntur, quo confirmatio testamenti pendet ab aditione hæredis instituti. Nam si filium impuberem, quem in potestate pater habet, tutore dato, simul hæredem instituit, is ut suus hæres & necessarius ipso jure hæreditatem capit, §. 2. *inf. de hær. qual.* Atque ut statim post mortem patris & ipso jure hæres existit, ita & tutela hoc ipso statim confirmatur, cum ut Jo. Faber loquitur; suitas pro aditione sit, *l. 14. de suis & leg.* quod latius persequitur Ant. Fab. *Jurispr. tit. qui test. tut. pr. 1. ill. 18.* At finge, patrem filio impubere, cui tutorem dedit, exhæredato, extraneum hæredem instituisse; dum hæres de adeunda hæreditate deliberat: alius interim tutor a Magistratu petendus erit. Idem dicendum est, si pater filio emancipato sive exhæredato, sive præterito tutorem dederit: nam & confirmandus pro testamentario est. Necesse est autem prius testamentum confirmari aditione hæreditatis, quam a Prætore confirmetur, qui tutor datus est. (4) Sed & si pater filio emancipato hæredi instituto, aut mater liberis, aut extraneis item hæredibus institutis tutorem dederint; adhuc a Magistratu tutor dandus est ad adeundam hæreditatem, quoniam curatoris auctoritas ad hoc mutila est, *l. 9. de tut. l. 19. de auct. tut. l. 17. §. 1. de appel.* Verum hujusmodi species non videtur ad propositum pertinere, propterea quod Justinianus hic agit de tutore non ad unum aliquem actum, sed simpliciter dando.

Qui desinebat esse tutor) Pertinebat hoc ad modos, quibus finitur tutela Attiliana; de quibus agitur in §. 2. *& pen. infr. quib. modis tut. finitur.*

TEXTUS.

Si tutor ab hostibus sit captus.

2. *Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur; qui desinebat esse tutor, si is, qui captus erat, in civitatem reversus fuerat. Nam reversus recipiebat tutelam jure postliminii.*

COMMENTARIUS.

AB *hostibus capto*) Idemque erat, si tutor legitimus apud hostes esset, *l. 1. §. 2. de legit. tut.* Nam propter incertum eventum tutoris redituri, quo plenius pupillo prospiceretur, tutorem potius quam curatorem dari placuit, *arg. l. 17. §. 1. de appell.*

Recipiebat tutelam) At quid si tutor captus apud hostes decesserit? Legitimus nimirum, hoc est, agnatus proximus tutelam in prætorio tutore finitam excipiet, arg.

arg. l. 9. §. 2. de tut. & rat. distr. l. 11. §. 3. de test. tut. Qua ratione dicendum est, etiam legitimo tutore capto, atque apud hostes mortuo, eum, qui interim a Magistratu datus erat, tutorem desinere, atque ad insequentis gradus agnatos tutelam reverti.

T E X T U S.

. Quando & cur desierunt ex dictis legibus tutores dari?

3. *Sed ex his legibus tutores pupillis desierunt dari, posteaquam primo Consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare cœperunt; deinde Prætores ex constitutionibus. Nam supradictis legibus, neque de cautione a tutoribus exigenda, rem pupillis salvam fore; neque de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem quicquam cavebatur.*

N O T Æ.

3. *Primo Consules*) Quod a Claudio Cæsare institutum tradit Suet. c. 23. Plin. 9. ep. 13. datum se a Consulibus tutorem Helvidii filiæ.

Ex inquisitione) Apud Theoph. vulgo legitur κατὰ *jurisdictionem*, ad quem modum etiam Hotom: locum emendat: sed perperam, & in MISS. Th. est κατὰ ἐξέτασιν, teste Fabrot.

Prætores) Scil. soli absque Tribunis. Prætorem tutelarem primus fecit M. Antonius Philos. Capitolinus in *ejus vit. cap.* 10.

Neque de cautione) Vide *infr. de satisd. tut. &* §. 3.

COMMENTARIUS.

1. *Quæ sit ratio cogendi tutores ad tutelam capessendam?*

PRimo Consules) Primus Imperator Claudius, auctore Tranquillo, sanxit, ut pupillis extra ordinem a Consulibus tutores darentur. Quod jus videntur Consules aliquando etiam usurpasse, cum jam tutorum creatio ad curam Prætoris potissime pertineret: arguit certe id locus Modestini in *l. 1. §. 1. de conf. tut.* in verbis; ἐκ τῆς τῶν ὑπάτων ἐξουσίας.

Ex inquisitione) D. Hotom. reponit, *ex jurisdictione*; quomodo etiam legisse videtur Theophilos, qui vertit κατὰ *jurisdictionem*. Et sane probabile non est, antea temere & sine ulla inquisitione tutores dari potuisse: quamquam necesse non est, textum ob id mutare; nam fortassis constitutionibus demum ratio inquirendi certo definita est. Discimus autem ex Modestino, quatuor potissimum in rebus eam consistere, ut inquiratur tutor creandus sitne vitæ frugi, & honestis moribus? sitne locuples? num se ingerere voluerit, ut crearetur? denique num pecunia data tutelam ambierit? *l. scire oportet* 21. §. *ult. de tut. & cur. dat.*

Prætores ex constitutionibus) Jul. Capitolinus c. 10. hoc tribuit M. Antonino Philosopho: *Prætorem*, inquit, *tutelarem primus fecit, cum ante tutores a Consulibus poscerentur, ut de tutoribus diligentius tractaretur*. Atque hic iterum observandum, neque Consules, neque Prætores vi imperii aut Magistratus sui jus dandi tutores habuisse; sed tum demum habere cœpisse, postquam id iis specialiter datum est constitutionibus Principum.

Nam supradictis legibus) Duplicem causam affert, cur tandem ex legibus Atilia, Julia, & Titia tutores amplius dari non placuerit: una est, quia istis legibus nihil cavebatur de satisdatione a tutoribus exigenda, rem pupilli salvam fore: altera, quia nihil definiebant de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem: quod utrumque factum est ex constitutionibus. Neutrum proprium est hujus generis tutorum: nam cautio vel maxime ad legitimos pertinet, ut videbimus *inf. de satisd. tut.* Coactio vero omnium tutorum communis est. Coguntur autem extra ordinem remediis prætoriis, videlicet multæ dictione, aut capitis pignoribus, *leg. 1. de adm. tut. l. 3. C. de susp. tut. l. 9. de mun. l. 9. de mun. & hon. §. pen. inf. de satisd. tut.* Nostris moribus certo loco addici solent cauponæ, sive diversoria, quæ forma compellendi & exequendi *Fyselinge* vocatur, & apud nos usitata est in præstatione facti, vid. *art. 31. ord. just. & art. 14. cum 2. seqq. amp. amp. Inst. cur.* Compelli tamen & alias paratæ sive præsentaneæ executionis via possunt, si hoc consultius videbitur, *art. 11. statut. Rhynland.*

T E X T U S.

Jus Novum.

4. *Sed hoc jure utimur: ut Romæ quidem Præfectus urbis, vel Prætor secundum suam jurisdictionem; in provinciis autem Præsides ex inquisitione tutores crearent, vel Magistratus jussu Præsidum, si non sint magnæ pupilli facultates.*

N O T Æ.

4. *Secundum suam jurisdictionem*) Prætoris imperium muris urbis definiebatur, Præfecti urbis usque ad centesimum lapidem, *l. 1. §. 1. de offic. Præf. urb.*

Præsides) Hoc nomine hic videntur intelligi omnes, qui provincias regunt, non soli legati Cæsaris, *l. 1. de off. præf.* junct. *l. 1. ff. de tut. dat.*

Ex inquisitione) Quæ quibus in rebus consistat, docet Mod. *l. 21. §. pen. & ult. de tut. dat.*

Magistratus) Intellige municipales, *l. 3. dict. tit. l. 2. §. 23. ff. ad SC. Tertyll.* Græci στρατηγοὺς appellant Theoph. & Basil.

COMMENTARIUS.

1. *Jure Magistratus quæ competere dicantur, & quæ specialiter tributa?*
2. *Ea quæ jure Magistratus competunt, mandata jurisdictione transire; specialiter concessa non item.*
3. *Vocabulo jurisdictionis late sumpto, etiam ea, quæ specialiter tribuuntur, non absurde eo referri.*

PRæfectus urbis) Qua primum lege tutoris dandi potestas Præfecto urbis data sit, non memini legisse: datam tamen constat, *l. Titius* 45. §. *Romæ* 3. *de excus. l. 1. C. de tut. illust.* Olim hic Magistratus juri dicundo constituebatur ad tempus, Regibus aut Magistratibus urbis præfectis. Post cœpit constitui ad paucos dies tantum; quoad solemne sacrum feriarum Latinarum peractum esset. Primus Augustus præfecturam urbanam perpetuam fecit, teste Tacito 6. *annal. cap.* 6. 10. 11. Auxit deinde potestatem Præfecti D. Severus, dataque ei cognitio de omnibus criminibus, non tantum in urbe, sed etiam in Italia, usque ad centesimum ab urbe lapidem, *l. 1. de off. præf. urb.* Consulatur Gruch. 2. *de comit.* 2. VINN. Immo jam ab Augusti temporibus cognitio aliqua de criminibus penes Præfectum prætorio fuisse videtur. Id enim velle puto Tacitum *l. c.* his verbis: *qui coerceret servitia, & quod civium audacia turbidum, nisi vim metuat*. Mox pleraque crimina a Præfecto urbis vindicata.

ea. Idem enim Tacitus *lib. 14. Annal. cap. 41.* auctor est, Valerium Ponticum *ignominia relegationis adsectum, quod reos, ne apud Præfectum urbis arguerentur, ad Prætorem detulisset.* Conf. Tacit. *Hist. lib. 2. cap. 36. seq.* Dosith. *Epist. Hadr. cap. 7.* Unde Severus Territorium tantum hujus jurisdictionis ad centesimum ab urbe lapidem protulisse videtur. HEIN.

Secundum jurisdictionem) Quod semel atque iterum in transitu diximus. (1) tutoris dationem Magistratui non competere jure sui Magistratus, aut vi jurisdictionis, quam habet, sed ex speciali concessione vel legis vel Principis, id operæ pretium est explicatius considerari: ita enim plane intelligimus, quid his verbis, *secundum jurisdictionem suam*, Justinianus significat; & simul utrum mandata jurisdictione, jus dandi ad tutores transeat; nec ne? Jure Magistratus competere proprie dicuntur, quæ quisque Magistratus ex natura officii sui habet, sive ob id, quod propterea initio creatus est. Igitur quæ Prætor habet ut Prætor, Præses ut Præses, &c. jure sui Magistratus habere dicuntur. Verbi causa, Prætor, initio constitutus est ad hoc, ut in urbe juri dicundo præesset, *l. 2. §. cumque consules 27. de orig. jur.* Prætori igitur jure Magistratus sui competit jurisdictio & imperium, quod jurisdictioni cohæret, in causis, de quibus, & inter personas, quibus jus reddere jussus est. His opponuntur quæ specialiter lege aliqua vel constitutione Magistratui postea tributa sunt, *l. 1. de off. ejus cui mand.* cujusmodi est imperium, quod dicitur merum, *d. l. 1.* item actiones legis, quæ in specie sic appellantur, ut adoptio, emancipatio, manumissio, *arg. l. 2. & 3. de off. procons. l. 1. de off. jurid. d. l. 1. C. de adopt.* Paul. *2. sent. 25.* atque hujus quoque generis est tutoris datio, *l. 6. §. 2. de tut.* Ex quo loco apparet, lege concedi non tantum ea dici, quæ in causis singulis specialiter singulis conceduntur, puta Titio aut Mævio; sed etiam quæ in universum tribuuntur, & sub nomine officii, puta Prætori, Præsidi, &c. (2) Quæ jure Magistratus competunt, natura sua insunt jurisdictioni, & ideo mandata jurisdictione transeunt; quæ autem specialiter Magistratui concessa sunt, non transeunt; quia ea non ex natura officii sui habet, sed ex nova & adventitia auctoritate, quæ ad officium & jurisdictionem Magistratus, cui tributa sunt, necessario non pertinet, *l. 1. de off. ejus cui mand. l. 8. de tut. & cur. dat. d. l. 2. & 3. de off. proconf.* Cæterum si latius verbum jurisdictionis, aut hæc verba, *jure Magistratus*, accipias, etiam ea, quæ ita, uti diximus, Magistratui specialiter concessa sunt, ad officium ejus aut jurisdictionem pertinere haud absurde dixeris, *arg. l. 1. de jurisd. l. 3. §. 5. jud. solv. d. l. 2. §. 1. de off. proconf.* utique accessione novæ auctoritatis plenius atque auctius officium ejus factum est. (3) In latiori autem hac significatione accipiendum, hoc quod hic dicitur, *secundum jurisdictionem*: quamquam hæc verba & alia interpretationem satis commodam admittunt; nimirum ut intelligamus, prætorem non alio in loco tutorem dare posse, quam in quo jurisdictionem habet, neque aliis personis, quam quæ jurisdictioni ejus subjectæ sunt, *per leg. 1. in fin. l. 3. de tut. dat. l. ult. de jurisd.* ut *secundum territorium jurisdictionis suæ*: puta Romæ dumtaxat, aut in vicinis urbis municipiis, *arg. l. 5. de confirm. tut.* D. Tulden. *hic. cap. 3.* post. Mys. & alios.

Præsides) Generali nomine Præsidis & Proconsul, & Præfectus Ægypti, omnesque, qui provincias regunt, appellantur, *l. 1. de off. præf. præf.* quibus item omnibus tutores dare permissum est, *l. 1. de tut. & cur. dat.* Specialiter autem Præsides dicuntur, qui alias legati Cæsaris, *l. pen. ff. de off. præf.* nimirum qui mittebantur in provincias Principis, seu eas, quas Principes sibi reservaverant. De quo vid. Dion. *lib. 53.* Suet. *in Aug. cap. 47.*

Magistratus jussu Præsidum) Hoc non ita accipiendum est, quasi vi hujus jussus aut mandati Magistratus municipales tutores dare potuerint: (nam iis quoque hoc jus specialiter datum est, *l. 3. de tut. dat.*) sed ideo dicitur, quia non ante hoc jus usurpare poterant, quam rem ad Præsidem, cujus primæ partes erant, detulissent, isque eam, quod forte aliis negotiis avocaretur, nec magnæ essent pupilli facultates, ad eos remisisset, *l. 1. §. si præses, 3. & si curatores 5. de mag. conv.* Nec admodum dissimile est exemplum Legati Proconsulis, qui mandata demum a Proconsule jurisdictione tutorem dare potest, *l. 13.* junct. *l. pen. de off. proconf.* nec tamen propter mandatam jurisdictionem, sed quia id ei specialiter datum est oratione D. Marci, *l. 1. §. 1. de tut. dat.* ea nempe lege, ut id demum exercere possit, postquam ei mandata est jurisdictio, ut illa jurisdictionis delegatio tantum sit necessarium antecedens & causa sine qua non. VINN. Mandari non poterat tutoris datio. Disserte enim Ulpianus *l. 8. ff. de tut. & cur. dat. Nec mandante præside alius tutorem dare potest.* Unde recte Vinnius ait, suo proprio jure magistratus municipales tutores dedisse, quia id illis concessum oratione D. Marci *l. 3. ff. eod.* at non simpliciter, sed sine Præside tutorem dare jussi sint. Rem omnem præclare exposuit V. C. Ger. Nood. *de Jurisd. lib. 2. cap. 8. p. 128.* HEIN.

T E X T U S.

Jus Novissimum.

5. *Nos autem per constitutionem nostram hujusmodi difficultates hominum resecantes, nec expectato jussione Præsidum, disposuimus, si facultates pupilli, vel adulti usque ad quingentos solidos valeant, defensores civitatum una cum ejusdem civitatis religiosissimo Antistite: vel alias personas publicas, id est, Magistratus, vel Juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores, vel curatores creare: legitima cautela secundum ejusdem constitutionis normam præstanda; videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt.*

N O T Æ.

5. *Constitutionem*) Intelligit *l. 30. C. de Episc. aud.*

Quingentos solidos) Quod si pupilli majores sint quingentinariis, a Præsidibus dabitur tutor.

Defensores civitatum) De defensoribus civitatum vid. *lib. 1. C. t. 55. Nov. 15.* περὶ τῶν ἐκδίκων. Alc. 3. *disp. 5.*

Religiosissimo Antistite) Εὐλαβεστάτῳ ἐπισκόπῳ Th. in constitutione, [illegible], *De charissimo.*

Juridicum) Cui etiam olim data est legis actio, & jus tutores dandi, *l. 1. §. de off. jurid.* [illegible] exponitur in Basil.

COMMENTARIUS.

QUod jure veteri obtinebat, ut Magistratus municipales non aliter recte tutores crearent, quam si id facere a Præside jussi aut moniti essent; id ex parte a Justiniano mutatum est, constitutumque, ut si pupilli facultates non excedant summam 500. solidorum liceat Magistratibus cum civitatis Episcopo tutores creare, Præsidis jussu non expectato, *l. sancimus 30. Cod. de episc.*

epist. aud. Ergo si majores sint pupilli facultates, jussus Præsidis, ut ante, expectandus erit.

Quingentos solidos) Solidum idem esse quod aureum, ex innumeris locis patet. Aureus centum continet valetque sestertios. Ergo quingenti aurei, sive solidi efficiunt quinquaginta H. S. millia; nostræ monetæ Caroleos bis mille quingentos. Vid. Brisson. & Hotom. in *comm. de verb. sign.* Ex professo autem hanc rem tractant Budæus *de asse*, & item Hotom. *de re nummaria*.

Vel alias publicas personas.) Id est, Magistratus; quos singulæ civitates more suo, atque instituto habent. Cujus scribit, constitutionem Justiniani exigere, ut legamus, *vel aliis publicis personis, vel Magistratibus.*

Juridicum Alexandrinæ civitatis) Cui etiam jam ante jus tutores dandi constitutione D. Marci datum fuit, *l. 2. de off. jurid.* & generaliter legis actio, *l. 1. eod. t.*

Eorum periculo) Magistratuum nimirum minorum, quorum jam facta est mentio. Hi enim ut satisdationem exigebant, ita & pupillis in subsidium tenebantur *t. de mag. conv. §. 52. & ult. inf. de satisd. tut.* quod nunc fere abiit in desuetudinem; ut illic notamus.

TEXTUS.

Ratio Tutelæ.

6. Impuberes autem in tutela esse naturali juri conveniens est: ut is, qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur.

NOTÆ.

6. Naturali juri.) Tutela ortum a jure naturali sumpsit: quippe cui juri omnino consentaneum ut alterius prudentia regatur, qui ipse se defendere non potest. Cic. 1. *de off. cap.* 34. Incrementum autem & formam a jure civili.

COMMENTARIUS.

TUtela ex eorum numero est, quæ in genere & quasi in abstracto considerata, sunt juris gentium in specie, & concreto juris civilis. Nam ut ineuntis ætatis inscitia atque imbecillitas alterius provectioris prudentia atque arbitrio constituatur ac gubernetur, juri naturali conveniens est, Cic. 1. *de off. c.*34. Arist. 1. *pol.* quod & apud omnes gentes procul dubio observatur. At forma regendi, qualitas personæ tutoris, ejusque constituendi modus; potestatis, quam habet, circumscriptio: hæc omnia sunt juris civilis, prout quæque civitas ordinaverit.

Perfectæ ætatis non sit) In calce §. *ult. præc.* t. notavimus, perfectam ætatem in jure civili etiam plerumque dici, quæ est annorum 25. Hic autem pinguius, non esse perfectæ ætatis, accipitur pro, non esse puberem, quamquam etiam ad puberes minores 25. annis, quod hic dicitur, quadrare potest.

TEXTUS.

De tutelæ ratione reddenda.

7. Cum ergo pupillorum pupillarumque tutores negotia gerant; post pubertatem tutelæ judicio rationem reddunt.

NOTÆ.

Post pubertatem) Vel alio modo tutela finita; t. *ff. de tut. & rat. distr.* nisi autem finita sit tutela, tutelæ agi non potest, *l. 4. pr. l. 9. §. 4. d. t.*

COMMENTARIUS.

1. *Moribus nostris tutores etiam singulis annis rationem reddere administrationis suæ.*

(1) HIC locus obiter tutores admonet officii sui atque administrationis; quod in *Pand. & C.* copiose explicatur t. *de admin. tut.* add. Grot. 1. *man.* 9. *art.* 21. *& seqq. statut. Rhynland.*

Post pubertatem.) Quippe tutelæ agi non potest, nisi tutela finita sit, *l. 4. de tut. & rat. distr.* ejusque rei hanc rationem reddit Ulp. *leg.* 9. §. *& generaliter* 4. *eod. tit.* quod absurdum sit, a tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci, in qua adhuc perseverat: quam ob causam nec a curatore rationes curæ administratæ durante officium actione utili sive tutelæ sive negotiorum gestorum exigi possunt, *l. 2. l. rationes* 14. *C. de adm. tut.* Hoc dissimile est, quod curatores durante adhuc ratione singularium rerum nomine conveniri possunt, *l. 16. §. 1. de tut. & rat. distr. l. cum curatore 26. de adm. tut. l. 1. §. 8. in fin. de cont. tut. act.*

Tutelæ judicio) In omnibus, quæ fecit tutor, cum facere non deberet, item in his, quæ non fecit, tutelæ judicio rationem reddit, præstando dolum, & culpam & quantam in suis rebus diligentiam, *l. 1. de tut. & rat. distr.* nec potest hæc rationis reddendæ necessitas a patre testamento remitti, *l. 5. §. Julian. de adm. tut.* quamquam inventarii solemnis confectio prohiberi potest, ne secreta patrimonii pandantur, *l. ult. §. 1. C. de arb. tut.* de quo vid. Montan. *de jure tut. c.*23. *reg.* 4. *de confect. inven. n.*98. *& seq.* Moller. 1. *semest.* 39. Rationem reddere nostratibus est, *Rekening. Vemiis en* reliqua *doen*; idque facere nostro jure tutores tenentur non so[l]um finita tutela, sed etiam quotannis; juxta *ar.* 44. *ad stat.* & ea quæ *in fin. d. c.* 9. nota; Grot. quod etiam per universam Germaniam observatur ex constitutione Caroli V. teste Schneid. *hic*. Vesemb. *par. de adm. tut. n.* 3. & jure Canonum jam ante obtinuisse, arguit *Clement.* 2. *de relig. dom. & cap.* 1. *de celer. ægrot.* Zypæus *not. jur. Belg. de tut. vers. tut.*

TITULUS VIGESIMUS PRIMUS.

DE AUCTORITATE TUTORUM.

D. Lib. 26. Tit. 8. C. Lib. 5. Tit. 59.

Ratio Dispositionis.

TRia potissimum sunt, in quibus gubernatio tutoris consistit; in persona pupilli tuenda, in rebus ejus gerendis; in auctoritate ei præstanda. Tuitio educationem, institutionem, defensionemque pupilli continet. In rerum administratione, tutoris officium est, ut omnia ex utilitate pupilli bona fide curet. Auctoritas ad ea pertinet, quæ pupillus ipse gerit; neque aliud est, quam probatio ejus, quod a pupillo geritur, *l. 3. h. t.* Duo priora hic omissa sunt, & fortasse consulto, quia eorum tractatio prolixior visa est, quam ut operi Isagogico inseri debuerit. In Pand. autem & Cod. diligenter exposita sunt *tit. de adm. tut.* Tantum §. *ult. sup.* t. levis quædam mentio facta est administrationis & reddendarum rationum: unde tamen ordinis ratio petenda vide-

videtur & continuatæ tractationis, arg. ordinis Pand. Duo autem hic docet Justinianus; quibus in negotiis necessaria sit tutoris auctoritas, & quomodo interponenda.

T E X T U S.

In quibus causis sit necessaria?

Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam causis non necessaria, ut ecce, si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas: quod si aliis promittant pupilli, necessaria est tutoris auctoritas. Namque placuit, meliorem quidem conditionem licere iis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam cum tutoris auctoritate, unde in his causis, ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat: ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur.

N O T Æ.

Auctoritas tutoris) Tutores vel negotia gerunt ipsi, vel pupillis negotium gerentibus auctoritatem interponunt. Ulp. *tit.* 11. §. 24. id est negotium confirmant: hoc enim est auctorem fieri, *l.* 3. *hoc tit.*

Si quis dari sibi) Pupillus, qui jam aliquem intellectum habet recte sibi dari, sine tutore stipulatur, *l.* 9. *pr. eod.* §. 9. *inf. de inut. stip. l.* 1. *C. de auct. præst.* aut aliquid sibi remitti, *leg.* 2. *ff. de accep.* & in universum quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate, *l.* 11. *ff. de acq. rer. dom.*

Si aliis promittat) Aut quid remittant, alienentve, *l.* 5. *l.* 9. *hoc tit.* §. *ult. inf. quib. al. lic.* aut hæreditatem adeant, §. 1. *in eod.*

Meliorem conditionem facere) Neque enim eis invidendum, ut rem suam augeant sine tutore, qui magis custos datus videtur pupillo, ne rem suam perdat. Fabrot.

Obligationes mutuæ) Qui contractus cum aliis initi ultro citroque obligationem pariunt; initi cum pupillo sine tutoris auctoritate eos solum obligant, qui cum pupillo contraxerunt, *leg.* 13. §. propen. *ff. de auct. empt. l.* 33. *ff.* pro *soc. l.* 1. §. *ult. ff.* commod. a patre autem pupilli claudicant συναλλάγματα.

C O M M E N T A R I U S.

IN *quibusdam causis necessaria*) Ubi tutor ipse negotium gerit, supervacua est auctoritas. At pupillo gerente, quod aliquando necessarium est, puta si de servo manumittendo, aut de adeunda hæreditate agatur, aut constituendo procuratore, §. 1. *inf. eod.* §. *ult. inf. de curat.* locus est auctoritati tutoris; eaque in quibusdam rebus, quæ a pupillo geruntur, necessaria est; in quibusdam non est. In quo hæc distinctio pro utilitate pupillorum recepta est, ut ipsi contrahendo aut aliud gerendo, meliorem quidem conditionem suam facere possint etiam sine tutoris auctoritate; deteriorem vero non possunt, nisi cum tutoris auctoritate, *leg.* 9. *hoc tit. l.* 28. *de pact. leg.* 11. *de acq. rer. dom.* Et recte; nam ubi nullum incommodum metuitur, frustra expectatur tutoris auctoritas, quæ ad hoc solum comparata est, ut in metu periculi pupillo per eam consulatur. Quod si culpa tutoris in damnum inciderit pupillus, eo nomine tutorem obligatum habet judicio tutelæ. Notandum autem est, hanc distinctionem pertinere ad pupillum infante majorem: nam infans ne tutore quidem auctore quicquam gerere potest, vid. *inf.* §. *pupillus inut. stip.*

Si quid dari sibi postulantur) Nullum enim periculum est, stipulare, inquit ille apud Plaut. *in Pseudol. act.* 4. *scen.* 6. *v.* 14. Idem est, si paciscantur aut stipulentur, ut id quod debent, iis remittantur aut acceptum feratur, *d. l.* 28. *de pact. l.* 2. *de accept.*

Aliis promittant) Aut rem suam alienent; actionem remittant; quod eis debetur; repudient, debitam pecuniam solvant, creditam accipiant: *l.* 5. *l.* 9. *hoc tit. l.* 11. *de acq. rer. dom.* §. *ult. infr. quib. al. lic.*

Ex quibus obligationes mutuæ) Ex quibusdam contractibus mutuæ obligationes; id est, ex utraque parte nascuntur, ut in emptione, locatione, mandato, societate, & aliis id genus: tam enim, verbi causa, obligatur emptor ad pretium solvendum, quam venditor ad rem præstandam. Ex quibusdam vero nascitur obligatio ex una parte tantum, in mutuo solus obligatur, qui accipit; in stipulatione, qui promittit, *l.* 19. *de verb. sign.*

Qui cum iis contrahunt obligantur) Qui contractus cum aliis initi citroque obligationem pariunt; hi, si cum pupillo contractum sit sine tutoris auctoritate, ab uno tantum latere constant, eosque solum obligant, qui cum pupillo contraxerunt, pupillos non item, *leg. Julianus* 12. §. *antep. de act. emp.* Ratio hujus juris partim est favor pupillorum, partim quod qui cum pupillo contrahit, cujus ætatem aspectus ipse indicat, suæ temeritati id imputare debeat, per *l. qui cum alio* 19. *de reg. jur.*

Non obligantur) Nisi in quantum locupletiores facti sunt, *leg.* 1. *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* Natura enim æquum est, neminem locupletari cum alterius jactura, *l.* 14. *de cond. ind.* An pupillus sine tutoris auctoritate ex conventione saltem naturaliter aliquando obligetur, & quam vim ea obligatio habeat jure civili, disputamus *inf. de inut. stip. sub.* §. *pupillus* 9.

T E X T U S.

Exceptio.

1. *Neque tamen hæreditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hæreditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate, (quamvis illis lucrosa sit) ne ullum damnum habeant.*

N O T Æ.

1. *Neque hæreditatem adire*) Ex Cajo *l.* 9. §. 3. *hoc tit.* cujus rei non alia ratio quærenda, quam quod facto suo sine tutore se obligare non possunt, *d. leg.* 9. *pr. l.* 8. *ff. de acq. hær.* Non pertinet quidem hoc ad suos hæredes, beneficio tamen Prætoris abstinendum eadem causa, §. 2. *inf. de hær. qual. & diff.* §. 3. *inf. de hær. qui ab int.*

Neque bonorum possessionem, &c.) Bonorum possessionis & fideicommissi hæreditatis eadem quæ hæreditatis jure civili aut directo delatæ ratio, *inf. lib.* 3. *cap.* 10. & *lib.* 2. *tit.* 23.

C O M M E N T A R I U S.

HÆreditatem adire) Pupillus hæreditatem sibi delatam sine tutoris auctoritate adire non potest, *leg.* 9. §. 3. *hoc tit.* Cujus rei non alia ratio quærenda, quam

quam quod facto suo sine tutoris auctoritate se obligare non potest, *l. 8. de acq. hæred. l. 9. pr. h. t.* At, inquis, potest conditionem suam meliorem facere, etiamsi tutor auctor non sit. Fateor, modo ne ipse obligetur; ideoque a parte pupilli claudicant τὰ συναλλάγματα. Fieri autem non potest, ut pupillus hæreditate quæsita non obligetur ut hæres creditoribus hæreditariis & testamentariis, *illis* ut defuncti personam repræsentans; his ipsa aditione *hæreditatis*. Neque enim hic est, quod creditoribus, aut legatariis imputetur, qui cum pupillo hærede non contrahunt, sed in eum incidunt, quod & Mynf. observavit. Alia vulgo ratio affertur, periculum scilicet æris alieni, quo emergente incipiat damnosa esse hæreditas: multaque insuper in hæredibus esse metuenda, vexationem, negotiorum multitudinem, offensas, invidiam, *l. 4. ad SC. Treb.* Itaque quia judicio animi hic opus sit, necessariam esse tutoris auctoritatem, *leg. 180. de reg. jur.* Quæ ut vera esse fateamur, illud tamen adhuc relinquitur, cur non saltem favore pupillorum sustineatur hæreditatis acquisitio, quatenus illis lucrosa sit. Loquimur autem de pupillis extraneis hæredibus, quippe quibus ad acquirendam hæreditatem aditione opus sit: nam sui hæredes sine facto suo ipso jure hæredes fiunt etiam ignorantes, *leg. 8. de acq. hær.* §. 2. *inf. de hær. quæ ab int. def.*

Neque bonorum possessionem) Ob eamdem nimirum rationem, quia bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quam hæreditas, & in omnibus vice hæredum bonorum possessores habentur: de quo *inf. lib. 3. tit. de bon. poss.*

Hæreditatem ex fideicommisso) Et hoc eamdem rationem habet: nam cum restituta hæreditate actiones omnes, quæ hæredi in hæredem competunt, ex SC. Trebelliano transeant in fideicommissarium, si pupillus ex fideicommisso hæreditatem susceperit; eo facto perinde obligabitur, ac si quamlibet hæreditatem adiisset. De fideicommissariis hæreditatibus tractabitur *inf. leg. 2. t. 23.*

Ne nullum damnum habeant) Melius meo judicio Cujac. Hotom. Vesemb. legunt, *quamvis illis lucrosa sit, nec nullum damnum habeant*, sine parenthesi; quomodo & apud Cajum legitur in Pand. & legisse etiam videtur Theophilus.

TEXTUS.

Quomodo interponi debet?

2. *Tutor autem statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero, vel per epistolam, aut per nuntium interposita auctoritas nihil agit.*

COMMENTARIUS.

Exponitur hic modus seu forma interponendæ auctoritatis ex Cajo *d. l. 9.* §. *tutor.* §. 5. *hoc t.* Hinc modus, ut legitimus habeatur, duo desiderat; ut tutor in negotio, quod cum pupillo geritur, præsens sit; ut statim atque peractum est, auctor fiat. Præsentia ideo desideratur, ut certo cognoscat tutor, quid negotii, qua fide geratur: ac proinde non sufficit corpore præsentem esse, nisi & animo sit, & intelligat quale sit quod contrahitur, *l. 14. eod.* junct. *l. 1. in fin. & l. 2. eod.* Cur autem statim & quasi calente adhuc negotio auctor fieri debeat, hæc ratio est. Quia interpositio auctoritatis integrat quodammodo personam pupilli, qui per se contrahere non potest: efficitque, ut actus sustineatur, qui alioqui ipso jure invalidus ex intervallo non posset confirmari. Non est autem necesse, ut & is præsens sit, qui cum pupillo contrahit: potest enim ille aliquid vendere aut locare pupillo per epistolam, & tutor auctoritatem pupillo accommodare, *dict. l. 9.* §. *ult.* Illud quoque sciendum est, auctoritatem semper pure a tutore interponendam esse, non conditionaliter, quamvis conditionaliter cum pupillo contrahatur, *l. 8. eod.* VINN.

Ratio, cur præsens in ipso negotio statim auctoritatem interponere teneretur, hæc reddi potest proprior, quod illa interpositio auctoritatis fuerit actus legitimus. Quod & inde patet, quod non admittat conditionem, *l. 8. ff. hoc tit.* HEIN.

In ipso negotio præsens debet auctor fieri) Tutoris auctoritas perfecto negotio interponitur, ut diserte scribit Ulp. *l. si quis 25.* §. *jussum. 4. de acq. hær.* Quamobrem hæc oratio vel sic resolvenda est, *tutor in ipso negotio præsens statim debet auctor fieri*. Ut intelligamus, & præsentiam tutoris in ipso negotio, dum adhuc geritur, requiri, & statim ut negotium perfectum est, auctorem fieri oportere; quod & arguit mox sequens illatio, *post tempus vero, &c.* Vel si hæc verba, *in ipso negotio*, ad illa *auctor fieri* referre malis, in ipso negotio fieri intelligi debet, non quod fit, cum nihil dum gestum est; (quid enim tum probet tutor?) sed quod fit, negotio quidem cum pupillo jam gesto, sive tractatu præsente tutore habito, sed statim & in continenti subsequitur, & tractatum illud concludit ac firmat. Sic in *leg. 1. de solut.* in solutione sive in re præsenti constituere dicitur, in quam causam solutum velit, qui statim atque solutum est, constituit. Cæterum hæc subtilitas hodie insuper habetur. Autum. *collat. jur. in dict. leg. 9. tut. 5.* VINN. Vulgo huic §. 2. *hoc tit.* opponunt *leg. 25.* §. 4. *ff. hoc tit.* Ubi & perfecto negotio auctoritatem interponi posse, ait Ulpianus. Conciliationem tentavit Cujac. *observ. lib. 13. cap. 31.* Gothofredus in *Comment. ad reg. jur. 29. pag. 196.* ipsum Ulpiani textum sollicitat, & pro *perfecto negotio*, rescribi jubet *provecto negotio*. Acuta, sed minus necessaria correctio. Præsens tutor interponebat auctoritatem, sed perfecto negotio. Perfectum vero erat negotium, quando id peractum, a quo substantiam capiebat negotium, exemple grat. in stipulationibus, ubi congrue a pupillo responsum fuerat, auctoritatem interponebat tutor tamquam perfecto jam negotio. Hinc elegans illa ac subtilis quæstio in *Fragm. Regul. ex vetere JCto* §. 15. utrum, si femina absens manumittat, tutor auctor fieri debeat, cum femina scribat Epistolam, an, dum servus cognovisset dominæ voluntatem? Dubium enim erat, quo momento libertas *ἀπαρτίζηται peragatur*, id est quo momento perfectum sit negotium? HEIN.

TEXTUS.

Quo casu interponi non potest?

3. *Si inter tutorem pupillumque judicio agendum sit: quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest; non prætorius tutor (ut olim) constituitur, sed curator in locum ejus datur: quo curatore interveniente judicium peragatur; & eo peracto curator esse desinit.*

NOTÆ.

3. *Non prætorius tutor ut olim*) Moribus receptum fue-

fuerat, ut hoc casu tutorem habenti tutor daretur. Ulp. t. 11. §. 23. propter solemnitatem judiciorum, l. 9. hoc tit.

COMMENTARIUS.

Judicio agendum sit) Nec plures sint tutores, alioqui nisi cum omnibus pupillo lis sit, unus ex iis auctor erit, *l. si plures 24. de test. tut.* Intellige autem, si judicio agendum sit de aliis rebus quam de administratione tutelæ: nam tutelæ agi nisi finita tutela non potest, *l. 4. de tut. & rat. distr.*

In rem suam auctor esse non potest) Regula est, tutorem in rem suam auctoritatem accommodare non posse, *l. 1. & 7. h. t.* quemadmodum nec judex quisquam, aut testis in sua causa esse potest, *l. 10. de jurisd. l. nullus 10. de test.* Et in casu proposito hoc alioqui absurdi evenire, ut idem in eodem negotio & auctor esset & reus. At enim nihil prohibet auctoritas, quominus negotium per consequentias etiam tutori geratur, *d. l. 7.* quod exemplo declaratur, *d. leg. 1.*

Non prætorius tutor) Prætorianum appellari scribit Ulp. & moribus pupillo dari, qui cum tutore suo legitimo judicio agere vult, *tit. 11. de tutel. §. moribus 24.* Hæc igitur exceptio fuit regulæ ejus quæ prohibet, tutorem ad certam rem vel causam dari, *§. pen. sup. qui test. tut.* item alterius, qua traditur, *§. interdum 5. inf. de curat.* tutorem habenti tutorem dari non posse. Cur autem necesse fuit hoc casu tutorem dari? Nimirum quia judicia erant solemnia & ordinaria: ad ea autem, quæ solemnitate juris desiderant explicanda, tutore auctore opus erat, *l. curatorem 19. hoc tit. l. cum in una 17. §. 1. de appell. l. ult. C. de in lit. tut. dand.*

Curator datur) Postquam judicia extraordinaria esse cœperunt, sublato solemni veterum formularum ritu: *infr. de succ. subl. & tit. de interd. §. ult. & C. de form. & imp. sub.* quæ per quemvis procuratorem expediri potuerunt, ad ea tractanda & curatorem dari sufficere visum est. Unde existimo, Tribonianum verbum *curatoris*, in locum *tutoris* subjecisse in *lib. 3. 4. 5. de tut. 24. de test. tut. & simil. loc.* Jure novo hæc disputatio pene supervacua est, quo vetuit Justinianus debitorem creditoremve pupilli tutorem creari, eique, qui pupillo, aut cui pupillus post cœptam tutelam debere cœpit, perpetuum curatorem adjungit voluit, *Nov. 27. c. 1. & 2.* Dixi autem pene: quia video plerosque hinc eximere tutores ex certa scientia testamento datos. DD. *in auth. minoris, C. qui dar. tut.* Schneid *hic n. 5.* Mont. *de tut. c. 9. n. 67. & seqq.* atque ita judicatum refert A Fab. *C. tit. 20. lib. 5. def. 1.* Sand. *lib. 2. tit. 9. def. 1.* Mynsingerus item excipit ex inquisitione datos; quod vix est ut probare possim. Illud constat, matrem & aviam non impediri debito aut credito, quominus filiorum suorum aut nepotum tutelam gerant, *auth. ad hæc Cod. quand. mul. off. tut.* & multo igitur magis excipiendus pater & avus, ut Curia Frisiæ censuit, teste Sand. *de lib. & tut. defin. 2.*

TITULUS VIGESIMUS SECUNDUS.

QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

Cod. Lib. 5. Tit. 60.

Continuatio & methodica Tituli explicatio.

Dictum est, quibus modis tutela constituatur; quæ constitutæ vis atque auctoritas: reliquum est, ut videamus, quamdiu perseveret; quibusque modis ea finiatur. Modi finiendæ tutelæ varii sunt, tum ex persona pupilli, tum ex persona tutoris, tum ex persona utriusque. Item quidam communes sunt omnibus tutelæ speciebus, quidam proprii quarumdam; sicut ex progressu apparebit. In summa autem duorum horum modorum altero semper finitur, aut ipso jure, aut interventu Magistratus.

TEXTUS.

De pubertate.

Pupilli pupillæque, cum puberes esse cœperint, a tutela liberantur. Pubertatem autem Veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis æstimari volebant. Nostra autem majestas, dignum esse castitate nostrorum temporum existimans, bene putavit, quod in feminis etiam antiquis impudicum esse visum est, id est, inspectionem habitudinis corporis, hic etiam in masculos extendere. Et ideo nostra sancta constitutione promulgata, pubertatem in masculis post decimum quartum annum completum illico initium accipere disposuimus: antiquitatis normam in feminis bene positam in suo ordine relinquentes, ut post duodecim annos completos viri potentes esse credantur.

NOTÆ.

Sed etiam ex habitu corporis) Priscus eum puberem esse dicebat, in quem utrumque concurrit, & habitus corporis, & numerus annorum. Ulpian. *tit. 11. in fin.*

Inspectionem habitudinis corporis) Sunt, qui negent tale quid apud Romanos factitatum, & impudicam illam inspectionem corporum Romanis moribus indignam esse existimant.

Nostra constitutione) Extat in *l. ult. Cod. quand. tut. vel cur. esse desin.*

COMMENTARIUS.

1. *Longe ante tempora Justiniani receptum fuisse, ut pubertas etiam in masculis ex annis æstimaretur.*
2. *Suspectum auctori esse, quod scribit Tribon. de nudorum corporum inspectione.*
3. *Vim generationis in feminis citius incipere quam in maribus.*
4. *Tutelam muliebrem aliam fuisse ab hac pupillari feminarum.*
4. *Moribus harum regionum tutelam pubertate non finiri.*

Cum puberes esse) Primus modus finiendæ in persona pupilli tutelæ est pubertas, *l. 1. Cod. quand. tut. vel cur.* Hinc puberes etsi curatorem accipiant, in suam tutelam venisse antiqua locutione dicuntur, *inf. de pup. subst. in pr. l. §. §. 1. de bon. poss. sec. tab.*

Sed etiam ex habitu corporis) Fuere olim, qui pubertatem in masculis ex solo habitu corporis æstimabant. Proculejani eum puberem esse dicebant, qui quatuordecim annos explevisset: alii eum, in quem & habitus corporis & numerus annorum concurreret; teste Ulp. *tit. 11. de tut. in fin.* (1) Eam se controversiam sustulisse, abrogataque inspectione corporis pubertatem ex annis tantum æstimari voluisse, scribit Justinianus *hic*, *& in l. ult. C. quand. tut. vel cur.* Sed profecto longe ante Justinianum receptam fuisse Proculi sententiam, multis auctoritatibus probari potest. Nam Tertullianus, qui ali-

aliquot sæculis ante Justinianum vixit, in *lib. de veland. virg.* aperte testatur, *Romanos pubertatem in annis, non in sponsalibus, aut nuptiis decernere*; hoc est, ex annorum numero, non ex habitu corporis puberem judicare. Et Macrobius *lib. 7. Saturn. cap. 7.* sic scribit: *secundum jura publica duodecimus annus in femina, & quartusdecimus in puero definivit pubertatis ætatem*. Idem *in somn. Scipion. lib. 1. c. 1.* ait, *tutelam pueris post bis septem annos absolvi*. Idque & Ulp. noster expressis verbis confirmat, *leg. 2. de vulg. & pup.* indeque est quod idem Ulpian. scribit, masculis post annum decimum quartum, feminis post duodecimum permitti testamentum facere, *l. 5. qui test. fac.*

(2) *Inspectionem habitudinis corporis*) Numquam mihi persuaderi potest, inhonestam hanc corporis inspectionem apud Romanos usitatam fuisse: neque est Veterum quisquam, qui tam impudicæ rei meminerit. Quod autem in libris Jurisconsultorum & apud Quintilianum *lib. 4. Inst. orat. 2.* legimus, dubitatum fuisse, ex habitudine corporis, an ex annis pubertas metienda esset; non de turpi aliqua nudorum corporum inspectione accipiendum est; sed de externo corporis aspectu, & vigore; ut is ex quorumdam sententia (quæ tamen non obtinuit) pubes haberetur, qui figura ac dispositione totius corporis liberorum procreationi idoneus videretur, *sac. l. 4. C. qui test. fac.* Etenim habitus sive habitudo Latinis Scriptoribus σχῆμα & formam corporis significat. Cic. pro *Cæl. c. 24. Quintus Metellus, cum floreret integra ætate, optimo habitu, maximis viribus*. Liv. *lib. 4.*

Fœdior corporis habitus, pallore ac macie perempti.

Terent. *in Eunuch. act. 2. scen. 3. v. 11.*

Qui color, nitor, vestitus, quæ habitudo est corporis?

Sic auctor ad Herenn. bonam corporis habitudinem appellat integram corporis constitutionem. Unde & eos qui obesiore erant corpore, habitiores dicebant, Terent. *Eunuch. act. 2. scen. 4. v. 22.*

Si qua habitior paulo, pugilem esse ajunt.

Plaut. *Epid. act. 1. scen. 1. v. 8.*

Corpulentior hercle, atque habitior.

RæVardus 4. *var.* 10. existimat, Triboniano imposuisse Platonem, qui *lib. 11. de legib.* convenientiam ætatis ad matrimonium definiri vult per judicem nudos omnino mares, nudatasque usque ad pubem feminas inspicientem; Tribonianumque ea, quæ de pubertate ex habitu corporis æstimanda apud Jurisconsultos legerat, ex imaginaria illa Platonis lege interpretatum. In contrarium tamen moventur Hotomannus & Ant. Matthæus *Coll. Inst. 2. disp. 2.* auctoritate Quintiliani, qui *declam.* 279. scribit, nudari corpora puerorum, & ab judicibus inspici. Sed confictum hoc esse non dubito, ut fere fit in scholasticis exercitationibus. VINN. Similia olim mihi in mentem venire *lib. 1. Antiqu. Rom. hoc tit. §. 2. seq. pag.* 224. Sed videtur, sis, Viri amplissimi Corn. Bynkersh. *obs. lib. 3. c. 24.* Deinde ante Justinianum adeo certum non fuisse pubertatis terminum, vel inde patet, quod ipsi patres annum pubertatis liberis testamento præfinirent, modo decimum quartum, uti in *l. 49. ff. de legat. 1. & l. 22. ff. quando dies leg. eod.* modo decimum sextum, ut in *l. 34. §. 2. ff. de leg. 3. l. 36. §. 1. l. 48. ff. de cond. & demonstr. l. 46. ff. ad SC. Trebell.* modo decimum octavum, ut in *leg. 101. §. 3. ff. de cond. & demonstr.* Et hinc est, quod Paulus Apostolus hæredem pupillum sub tutoribus esse ait ἄχρι τῆς προθεσμίας τοῦ πατρός. *Gal.* IV. 2. Vid. Merill. *Obs. lib. 5. cap. 16.* HEIN.

(3) *Post duodecim annos*) Pubertatis anni maxime propter nuptias definiti sunt: ideoque cum vis generationis in feminis citius incipiat, quam in maribus, placuit eas etiam citius tutela liberari. Et hoc est, quod Macrob. *lib. 1. somn. Scipion. c. 6.* scribit: *de tutela*, inquit, *feminæ propter votorum festinationem maturius biennio, quam pueri, legibus liberantur*. Quod autem generationi citius admoventur: id idem Macrob. 7. *Saturn. 7.* infirmiori earum naturæ adscribit: nam & exilia poma celerius maturescere, robusta serius. Physici etiam hanc rationem afferunt: quod facilius est pati, quam agere; in generatione autem femina passive se habet. In universum autem, ut scribit Arist. 7. *de hist. animal.* θᾶττον τὰ θήλεα τῶν ἀῤῥένων καὶ τίκτει, καὶ ἀκμὴν λαμβάνει, καὶ γηρᾷ. (4) Alia ab hac pupillari feminarum tutela fuit muliebris, de qua Ulp. *in fragm.* 11. Nam & post pubertatem mulieribus tutor dabatur, non ad negotia earum administranda, sed ad auctoritatem præstandam in solemnibus & civilibus, veluti ad judicia, ad dictionem dotis; ad alienandas res mancipii. Ulp. *dict. loc.* Nisi dicamus ex jure veteri hæc referri, quo jure mulieres perpetua tutela continebant, teste Boetio in *Top. Cod.* Nam non temere loca illa omnia, quibus traditur, tutelam in feminis anno duodecimo finiri, & curatorem succedere, a Triboniano interpollata dixerim, quamvis id affirmaret Rævard. 2. *var.* 10. Obstat enim locus Macrobii modo citatus: & Boetius expresse de jure antiquo loquitur. (5) Moribus harum regionum tutela pubertate non finitur: sed qui semel legitime tutores dati sunt, etiam puberum rebus præsunt usque ad justam eorum ætatem, hoc est, donec 25. annos impleverint. D. Gudelin. *in fin. lib.* 1. Christin. *vol. 3. dec.* 184. *n. 14. & 16. & vol. 6. decis.* 82. *n.* 9. Montan. *de tutel. c.* 37. *n.* 86. Groenev. *de legibus abrog. hic*: quod & in Germania generali consuetudine receptum esse testatur Gail. 2. *obs.* 96. Paul. Busius *ad l. 1. n. 1. de tutel.* & in pleraque Gallia, Baro hic.

T E X T U S.

De capitis deminutione pupilli.

1. *Item finitur tutela, si adrogati sint adhuc impuberes, vel deportati; item si in servitutem pupillus redigatur, vel si ab hostibus captus fuerit*.

N O T Æ.

1. *Deportati*) Quia cives esse desinunt, §. 1. *sup. quibus mod. jus patr. pot.* Nota, etiam impuberes deportari posse, nempe qui sunt pubertati proximi & doli capaces, *l. 111. de reg. jur. l. 14. ff. ad SC. Silan.*

C O M M E N T A R I U S.

SEcundo finitur in pupillo tutela quamvis capitis deminutione: sive enim adrogatus sit, sive deportatus, sive in servitutem redactus; tutela extinguitur, *leg. 14. pr. & §. 1. & 2. de tutel.* unde hic locus descriptus est. Miscentur autem hic modi, quibus & ex persona tutoris tutela finitur, §. 5. *infr. eod.*

Adrogati sint) Ratio est, quia desinunt esse sui juris, & in potestatem adrogatoris transeunt; nemo autem potest simul esse in tutela & in patria potestate, *supr. de tut. in pr.* Sed hoc moribus fere hodiernis non obtinet.

Vel deportati) Quod ob delictum iis contingere potest, qui sunt pubertati proximi, & doli capaces, *leg.*

pupil-

pupillum 11. *de reg. jur.* §. *pen. inf. de obl. quæ ex del.* Constat autem, deportatos peregrinæ conditionis fieri, ideoque pro mortuis in iis, quæ juris civilis sunt, qualis est tutela, haberi, §. 1. *sup. quibus mod. jus patr. pot. solv. l.* 17. §. 1. *de pæn.*

In servitutem redigatur) Puta si pupillus jam doli capax ob ingratitudinem patrono iterum in servitutem tradatur: quo exemplo utitur Theophilus, idque fortiori ratione quam si deportatus sit; quia cum civitate simul & libertatem amittit, §. 1. *sup. de cap. dem.*

Si ab hostibus captus) Cæterum eventus demum ostendet, an tutela hic omnimodo finita sit; nam postliminio reversus procul dubio recedit in tutelam.

TEXTUS.

De conditionis eventu.

2. *Sed etsi usque ad certam conditionem datus sit tutor testamento, æque evenit, ut desinat esse tutor existente conditione.*

NOTÆ.

1. *Testamento*) Additum, quia a Magistratu ita non datur, *l.* 6. §. 1. *ff. de tutor. l.* 77. *de reg. jur.*

Existente conditione) Veluti si Titius tutor testamento datus sit, usque dum uxorem ducet, & duxerit.

COMMENTARIUS.

USque ad certam conditionem*) Vel usque ad certum tempus: nam ut ad certam conditionem testamento datus, existente conditione tutor esse desinit; ita datus ad certum tempus, finito tempore deponit tutelam, *l.* 14. §. *ult. de tut. l.* 8. §. 1. & 2. *de test. tut.* §. *pen. inf. h. t.* Hoc autem modo finitur tutela ex persona tutoris, & proprius est tutelæ testamentariæ, ut diximus *sup. qui test. tut. dar.* §. 3. Est & modus, qui huc pertinet, quo finitur tutela Attiliana. Nam si ex die aut sub conditione testamento tutor datus sit, is, qui interim a Magistratu datus est, veniente die aut existente conditione, tutor esse desinit, §. 1. *sup. de Attil. tut. add.* quæ ad §. *ad certum tempus* 3. *sup. qui test. tut. dar.*

TEXTUS.

De Morte.

3. *Simili modo finitur tutela morte pupillorum, vel tutorum.*

COMMENTARIUS.

HIC modus & ad omnem tutelam & ad personam utriusque ex æquo pertinet: eo autem maxime spectat ut intelligamus, pupillo mortuo, ne ratione quidem bonorum, quæ post mortem supersunt, tutelam perseverare: mortuo tutore, hæredes ejus in tutelam non succedere, *l. antepen. de tut. leg. ult.* §. 1. *de mun. & hon. l.* 4. §. 1. *ff. de tut. & rat. distr.*

TEXTUS.

De capitis deminutione.

4. *Sed & capitis deminutione tutoris, per quam libertas, vel civitas amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se adrogandum dederit, legitima tantum perit: ceteræ non pereunt: sed pupilli & pupillæ capitis deminutio, licet minima sit, omnes tutelas tollit.*

NOTÆ.

4. *Legitima tantum perit*) Agnatorum scilicet hodie id non obtinet: quia jure novissimo in totum sublata est agnationis & cognationis differentia, pariterque cognati cum agnatis ad legitimam hæreditatem, tum tutelam vocati, *Nov.* 118. *cap.* 5.

COMMENTARIUS.

PEr quam libertas vel civitas*) Hic modus solvendæ tutelæ communis est, ut notavi *sup. ad* §. 1. eamdemque in tutore, quam in pupillo, rationem habet.

Legitima tantum tutela perit) Nimirum quia & perit agnatio, ob quam ea deferatur, §. *ult. sup. de leg. agn. tut.* Legitima autem patronorum tutela huc numquam pertinuit, Ulpian. *in fragm. tut. de tutel.* §. 1. Porro jure novissimo nullam amplius legitimam tutelam minima capitis deminutione tolli, notavimus sub d. §. *ult. de leg. agn. tutel.*

Licet minima sit) Is qui in potestate Patris est, si perfectæ ætatis sit, non prohibetur tutor esse, *supr. qui test. tut. dar. in pr. l. filiusfamil.* 9. *de his qui sui vel al. jur.* In tutela autem nemo esse potest, nisi qui sit sui juris. Atque hæc ratio est, cur pupillo adrogato tutela pereat, tutor non item.

TEXTUS.

De Tempore.

5. *Præterea qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo, deponunt tutelam.*

NOTÆ.

6. *Ad certum tempus*) V. gr. ad biennium, *leg.* 13. §. 3. *ff. de tutel.*

COMMENTARIUS.

DIxi ad §. 2. *hujus tit.* Hoc autem modo quamvis tempore, ipso tamen jure tutela finitur. Etenim tutela ullo jure proprie quæsito consistit: alioquin tempore ipso jure non finiretur, *l. obligationem* 44. *de oblig. & act.* sed in factu personæ & administratione magis posita est. Quæ autem talia sunt, ut facta sunt temporalia, ita & ipsa cum factis incipere & finiri possunt: argumento sit ususfructus, *leg. Jun.* §. *pen. quand. dies usq. leg. ced.*

TEXTUS.

De Remotione & Excusatione.

6. *Desinunt etiam tutores esse, qui vel removentur a tutela ob id, quod suspecti visi sunt: vel qui ex justa causa se excusant, & onus administrandæ tutelæ deponunt, secundum ea, quæ inferius proponemus.*

NOTÆ.

6. *Se excusant*) In perpetuum, non ad tempus, §. 5. *tit. seq. l. 16. l. 16. ff. de tut. dat.*

COMMENTARIUS.

PRoponuntur hic duo modi, quibus tutela finitur, non ipso jure, ut superioribus, sed interventu Magistratus: excusatio scilicet, & justa suspicio. Excusatio volentem liberat; suspicio invitum removet. Est vero major excusationum usus tutela delata, quam suscepta. Sed & quasi susceptus quis postulari & removeri potest, antequam incipiat tutelam gerere, de quibus suo iterum loco. De excusationibus est *tit. pen.* de *suspectis tutoribus tit. ult. hujus libri*.

TITULUS VIGESIMUS TERTIUS.

DE CURATORIBUS.

D. Lib. 27. Tit. 10. C. Lib. 5. Tit. 70.

Continuatio & summa Tituli, tum genera curatorum distincta.

TRansit nunc Imp. ad alterum membrum divisionis positæ in *pr. supr. de tutel.* quod eos complectitur qui cum sui juris sint, curatorum tamen auxilio reguntur: exponitque promiscue, quibus, & a quibus, quando, & quomodo curator detur. Sciendum autem est, duo esse genera curatorum: unum eorum, qui nulla personæ habita ratione, si res exigat, bonis constituantur; puta vel debitoris latitantis, vel hæredis, qui in utero est ut domini, qui ab hostibus captus sit, *tit. de cur. bon. dand.* quod genus huc non pertinet; alterum eorum, qui certis personis, quæ alieno auxilio indigent, dantur ad res earum administrandas; qui hujus sunt argumenti. Sunt autem & ipsi duorum generum: dantur enim vel propter ætatem ejus qui in curatione sit; vel propter animi aut corporis morbum. In priore genere sunt minores 25. annis: in posteriore furiosi, prodigi, mente capti, muti, & surdi, & qui perpetuo morbo laborant. Quamobrem sic recte definietur curatio: potestas jure constituta ad curandas res ejus, qui quoquo modo rebus suis superesse ipse non potest. Ex hac definitione facile intelligere poteris, & quæ communia sunt curæ cum tutela, & quæ discrepantia: maxime si cum ea conferas definitionem tutelæ, eaque, quæ ad illam illustrandam scripsimus sub §. 1. *sup. tutel.* Cæterum & in processu pleraque iterum notanda erunt.

TEXTUS.

De adultis.

Masculi quidem puberes & feminæ viri potentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt: quia licet puberes sint; adhuc tamen ejus ætatis sunt, ut sua negotia tueri non possint.

NOTÆ.

Ad vicesimum quintum annum) *leg. 1. in fin. ff. de min.* post quod tempus completur virilis vigor, quæ Græcis ἀκμή belle Cujac. ad *d. l. 1.*

Curatores accipiunt) Nisi ætatis veniam a Principe impetraverint, *C. de his qui ven. æt. imp.*

Negotia sua tueri) Et ideo quamvis in tutelam suam venit, sui potens est, κύριος αὑτοῦ: nondum tamen est, κύριος τῶν αὑτοῦ, Fabr. *l. 20. ff. de rit. nupt. l. 8. C. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur tutela in feminis citius quam in maribus finitur? cur eadem ætate in utrisque?*
2. *Quare feminæ biennio maturius quam masculi ætatis veniam impetrare possint?*
3. *Quid consuetudine harum regionum circa utrumque illud receptum?*
4. *Quando dies cœptus pro completo habetur, & contra?*
5. *Cur placeat ætatem 25. annorum finem afferre curationi?*
6. *Cur tam curiose de curatore adolescentibus dando caveatur: cum nihilominus si capti fuerint, in integrum restituantur?*

USque ad vicesimum quintum annum) Tutela in maribus tardius finitur quam in feminis, quia feminæ, ut superius dictum est, citius pubescunt. (1) At cura in utrisque eodem tempore finitur; nimirum post annum vicesimum quintum. Et vero nulla ratio est, cur feminæ maturius quam masculi cura liberari debeant: cum potius diuturnorem cura continendæ videantur propter sexus fragilitatem, ob quam & in perpetua cura olim fuere. Et jure quidem ordinario ante hanc ætatem curatio non finitur. Cæterum adolescentes honestate morum præditi post annum vicesimum, feminæ, quas morum honestas mentisque solertia commendat, post annum octavum decimum, ætatis veniam a Principe impetrare possunt, ut ex eo tempore res suas sine curatoribus administrent: ac tum quidem in integrum non restituuntur, *l. 1. & 2. C. de his qui ven. ætat.* Sed tamen in eo adhuc simili conditione cum cæteris minoribus sunt, quod immobilia sine decreto alienare aut obligare non possunt, *l. 3. C. d. tit.* (2) Cur autem hoc feminis biennio maturius conceditur? D. Bachovius negat solidam ejus rei rationem dari posse. D. Bredero-dius *in not. ad Schneid.* hanc affert, quod quamvis judicium muliebre ἐπὶ τὸ πλεῖον infirmius sit virili; tamen quæ natura solertiores sunt, si ad virtutem pergant, celerius maribus prudentes fieri: propterea quod vehementiores multo in feminis affectiones sint, quam in viris. (3) Moribus patriæ non solum Princeps aut summus Magistratus, sed etiam Curia provincialis, ætatis veniam concedere solet, aliique judices ordinarii, quibus id facere jure legitimo competit: neque veniæ concessio continet jus prædia alienandi sine cognitione judicis, nisi & hoc ex magna causa, & quidem a supremo Magistratu expresse indultum sit, auctore Grot. 1. *man.* 10. Vid. Groenev. *de legib. abrog. ad tit. C. de his qui ven. ætat. & ibi alleg.* Diximus quoque non multo ante, consuetudine harum regionum receptum, ut tutela demum finiatur post perfectam ætatem eorum, qui in tutela sunt; hoc est, postquam egressi sunt annum vicesimum quintum. Apud nos enim ignoratur distinctio, quam jus civile Romanorum facit inter ætatem pupillarem, quæ sub tutela, & minorem, quæ in curatione sit. Unde & tutela ac cura uno communi nomine & promiscue appellatur *Voogdye*, aut *Momberschap*, & tutores

tores curatoresque *Vogden* aut *Nomboirs*, pupilli & minores indiscriminatim *VVezen*. Cæterum etiam ante eam ætatem tutela sive cura finitur, contracto scilicet matrimonio: quamquam tunc ex causa a judice ad tempus prorogari potest: quod & tunc locum habet, cum ætate finita est, Grat. *d. loc.* Statuto Leidensium nemo suæ curæ esse incipit, nisi qui causa cognita a Magistratu tutelari dimissus, *art.* 141.

Completum) Curatio non finitur nisi anno vicesimo quinto exacto & completo. Hoc enim utile minori visum est, ut tempus a momento in momentum spectatur; nam si postremo vicesimiquinti anni die cœpto aut nondum completo læsus sit, poterit adhuc in integrum restitui, *l. 3. §. minorem 3. ff. de minoribus*. (4) Ad quem locum Glossa notat diem cœptum pro completo haberi, quoties id alicui utile est, aut alioqui favorabile, ut in usucapionibus, *l. 6. de usucap.* in testamenti factione, *leg. 5. qui testam. fac.* in manumissionibus, *leg. 1. de manumiss.* quo etiam pertinet *leg. anniculus 134. de verb. signif.* In honoribus quoque favoris gratia constitutum esse, ut annus inchoatus pro pleno habeatur, *leg. 8. de mun. & hon.* Contra autem, ubi favorabile est, non numero dierum, sed momentis temporum annum dividi; diem cœptum pro completo non haberi, ut in temporalium actionum præscriptione, *leg. 6. de oblig. & act.* in vacatione tutelæ, *leg. 2. de excus.* & in casu proposito; ita & Costal. ad *leg. 3. §. 3. de minor.* (5) Cur autem placet ætatem 25. annorum finem afferre curationi; docet nos Ulp. *l. 1. §. 2. dict. tit. quia*, inquit, *post hoc tempus completur virilis vigor*; convenienter sententiæ Physicorum, qui tradunt, anno vicesimo quinto, quo corpus crescere desinit, etiam animam ad summum perfectionis suæ gradum pervenire, eaque demum ætate evidentia vigoris animi & constantiæ mentis vestigia emergere; conquiescente scilicet illa humorum ac corporis perpetua agitatione aut perturbatione, cui adolescentes obnoxii. Quamobrem & justa, & perfecta, integra, robusta hæc ætas in libris nostris appellatur, Græcis ἀκμή dicitur. Pulchre D. Cujac. *de minor. in pr.* add. Magir. *6. Physiolog. 5.* Quamquam igitur naturæ lege certa ex annorum numero perfectæ ætatis definitio non est, nisi κατὰ πλάτος, tamen ex his, quæ diximus, abunde patere arbitror, hanc ætatis justæ definitionem non esse juris mere positivi, ut existimat Bachovius. VINN. Immo esse videtur juris mere positivi, nec magis naturalis ratio movit Romanos, ut anno ætatis XXV. minorennitatem finirent, quam Saxones, ut anno XXI. Definitus hic annus videtur lege Lætoria, quæ ideo *quinavicenaria* dicitur Plauto in *Pseud. act. 1. scen. 3. v. 69.* Annum vero potissimum XXV. electum arbitror a Lætorio, quia vulgo Romani longissimum humanæ vitæ spatium C. annis circumscribebant, *leg. 56. ff. de usufr.* Plin. *lib. 7. Hist. nat. cap. 4.* Sen. *de brev. vitæ*, c. 3. Ejus ergo primum quadrantem juventuti tribuebat Lætorius, & hinc eamdem anno ætatis XXV. finiri existimabat. Observationem hanc collegæ olim conjunctissimo Nic. Hieronymo Gundlingio, me debere lubens fateor. HEIN.

Adhuc tamen ejus ætatis sunt) Constat inter omnes, ait Ulp. *l. 1. pr. de min.* fragile esse & infirmum hujusmodi ætate consilium; multorumque captionibus & insidiis expositum: ideoque Prætorem naturalem æquitatem secutum, auxilium adolescentibus adversus captiones polliceri, & *in fin. d. l.* 1. addit, ideo eos usque ad vicesimum quintum annum curatorum auxilio regi. (6) Sed quid opus fuit de curatore adolescentibus dando tam curiose cavere, cum si capti fuerint, Prætor eos in integrum se restituturum polliceatur, nec iis minus subveniat qui curatorem habentes eo auctore quid gesserunt? *toc. tit. C. si tut. vel cur. int.* Nimirum magis decorum atque honestum visum est, in tempore occurrere & providere, ne minores capiantur, quam ut assiduis implorationibus tribunalia personent. Deinde quia id etiam minoribus tutius est & utilius, ne post vulneratam causam remedium quærentibus impedimentum aliquod objiciatur, *l. ult. C. in quib. caus. in int. rest. nec.* Curatoris autem consilio & prudentia efficitur, ut non tam facile lædantur, nec necesse sit restitutionem in integrum toties postulare: quamquam si nihilominus læsi proponantur, auxilium iis prætor non denegat. Illud obiter monendi sumus, non tantum ante curationem finiri, sed aliis etiam ex causis, atque ex iisdem fere, ex quibus finitur tutela: denique similiter vel ipso jure, ut adrogatione adolescentis, morte, servitute, deportatione vel adolescentis vel curatoris, vel interventu Magistratus, ut excusatione, remotione.

T E X T U S.

A quibus dantur Curatores?

1. *Dantur autem curatores ab iisdem Magistratibus, a quibus & tutores. Sed curator testamento non datur: datus tamen confirmatur decreto Prætoris vel Præsidis.*

N O T Æ.

1. *Testamento non datur*) *l. 6. ff. de confirm. tut. l. 1. C. eod.* Lege 12. tab. permissum parenti non curatorem, sed tutorem testamento dare.

COMMENTARIUS.

Ab iisdem Magistratibus) Igitur Romæ a præfecto urbi vel prætore: in provinciis a præsidibus: in municipiis aut agris municipiorum a magistratibus municipalibus, juxta distinctionem traditam, *§. nos autem 5. sup. de Attil. tut. l. 3. ff. de tut. dat.*

Testamento non datur) Idem traditur in *l. 7. C. de test. tut.* At quamobrem? Nimirum quia puberes, quibus solis curator datur, ipsi, si velint, res suas administrare possunt; de quo mox plura. Eademque ratio est, cur pater liberis suis puberibus substituere non possit: scilicet qui ea ætate ipsi sibi testamentum facere possunt, *l. 2. de vulg. & pup.*

Datus tamen confirmatur) Sive a patre, sive a matre datus sit: & confirmatur proinde ut tutor testamento non legitime datus, *l. 1. in fin. l. 2. §. 1. l. 6. de conf. tut. l. 2. Cod. eod.* ac proinde naturam sapit testamenti, *l. 7. ff. rem. pup. salv.* Est autem credibile, hanc curatoris testamento dati confirmationem post constitutionem M. Antonini primum introductam fuisse, qua cavit, ut omnes adulti curatores acciperent, secundum ea, quæ mox dicemus.

T E X T U S.

Quibus dentur?

2. *Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, præterquam in litem; curator enim & ad certam causam dari potest.*

NOTÆ.

1. *Inviti adolescentes*) Et ideo ipsi soli sibi curatorem petere poterant, *l. 1. §. ult. ff. qui per tut.* Ubi autem petentibus semel curator datus est, hujus curatoris auxilio usque ad annum 25. regi debent: ita cape *l. 1. in fin. ff. de min.*

Præterquam in litem) Sive minor sit actor, sive reus: quia legitimam personam per se standi in judicio non habent, *l. 2. C. qui leg. pers. stand. in jud.* Vid. fusius in Comment. infr.

COMMENTARIUS.

1. *Adolescentes olim invitos curatorem non accepisse; neque id mutatum constitutione D. Marci.*
2. *Responsio ad loca, quæ in contrarium afferuntur.*

HIC locus quamquam in foro nullum usum habet; (constat enim, adolescentes etiam invitos hodiernis moribus curatores accipere) tamen ad juris Romani cognitionem multum conferre potest diligens ejus expositio. Ait, *inviti*. In quo primum secum pugnare Justinianus videtur, qui initio hujus tituli dixit, ideo minores 25. annis curatores accipere, quia ejus ætatis sunt ut negotia sua tueri non possint. Deinde cum Justiniano Ulp. qui in *l. 1. §. ult. de min.* expresse scribit, minoribus 25. annis rei suæ administrationem committi non debere; quamvis rem suam bene gerentibus. Accedit, quod ne Principes quidem, nisi perraro atque extra ordinem, minoribus rerum suarum administrationem indulgere soleant; auctore eodem Ulp. *l. 3. pr. dict. tit.* Rævardus 1. *var.* 17. & Cujac. *in l. 1. de excus.* socordiam Triboniani accusant, (1) qui ex veteri jure legis Lætoriæ hic repetiverit quod jampridem constitutione D. Marci abrogatum erat. Sed enim & ex responsis recentiorum Jurisconsultorum, & ex posteriorum Imperatorum rescriptis manifeste evincitur, etiam post Divi Marci constitutionem non omnes minores curatores accipere coactos. Veluti ex eo, quod Papinian. scribit, *leg. 12. in fin. de tut. dat.* non nisi minoribus desiderantibus curatores dari solere. Et quod Modestin. *leg. 2. §. penult. & ultim. qui pot. tut.* non licere aliis curatores minoribus petere, sed ipsos minores dumtaxat sibi petere posse. Item ex eo, quod Imperatores Diocletianus & Maximianus Attiano minori rescribunt, *l. 2. Cod. de in integr. restit.* interesse, utrum is curatorem habeat, an non habeat; si habeat, contractum ab Attiano initum jure non subsistere; si non habeat, subsistere, implorandamque esse restitutionem in integrum. Denique non uno in loco invenias, adolescentes sine curatoribus propositos, ut in *l. 7. §. 2. de min. l. mutuo* 43. §. 3. *de proc. l. 1. l. 7. Cod. qui & tut.* Vix hæc componi poterunt, nisi a capite rem arcessamus. Igitur cum lege 12. tabularum de curatoribus propter ætatem adolescentibus dandis nihil cautum esset, neque certum ullum remedium adversus captiones & circumscriptiones, quibus hæc ætas obnoxia, introductum; lata postea est lex Lætoria, qua & circumscriptioni adolescentium abunde provisum est, atque insuper permissum curatores adolescentibus dari; non promiscue tamen, sed lascivioribus & dissolutius viventibus, aut qui ingenio nimis hebeti essent; mentisve suæ non satis compotes: & fortassis ob alias etiam causas, quas exprimere, & Magistratui probare debebant, qui curatorem iis dari postularet. Quod quoniam odiosum erat, & pudorem eorum, quibus curator dabatur, sugillabat; tandem M. Antonius Philosophus de curatoribus ita statuit, *ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis*, auctore Capitolino *in Marco. cap.* 11. Horum autem verborum hunc esse sensum apparet, ut deinceps ex constitutione Antonini omnes adolescentes indiscriminatim curatores accipere possent, remissa necessitate allegandi & probandi causas, ob quas peterentur; quod exigebat lex Lætoria: non inquam, ut inviti acciperent, sed ut sine periculo existimationis, si vellent, curatorem habere possent. Meminit legis Lætoriæ etiam Cicer. 3. *de offic. cap.* 15. & 3. *de nat. Deor. cap.* 20. Plautus *in Pseud. act.* 1. *scen.* 3. *vers.* 69.) quinam vicenariam appellat, ut nonnulli existimant.) Nulla igitur ratio est, cur Triboniano incusemus oscitantiam, cum ne quidem post constitutionem Antonini inviti adolescentes acceperint. (2) Quid ergo respondemus ad ea, quæ huic sententiæ paulo ante objecimus? Nempe quod Imperator initio hujus tituli ait, puberes usque ad vicesimum quintum annum curatores accipere, de volentibus & petentibus accipiendum esse, *arg. hujus §.* junct. *leg. 2. §. penult. & ultim. qui pet. tut. vel cur.* cui & subjecta ab Imperatore ratio accommodanda est. Ulpianum autem *leg. 1. §. ult. de min.* de effectu curæ jam constitutæ loqui, cujus ea vis, ut minores, quibus petentibus semel curator datus est, hujus curatoris auxilio usque ad annum 25. regi debeant; nec possit Magistratus eum, quem semel curatorem dedit, a munere suo removere, minoribusque od id, quod jam amplius sub cura vivere non lubeat, rerum suarum administrationem restituere, *arg. l. 2. & 3. in pr. eod. tit.* ubi hujusmodi Magistratuum decreta ut ambitiosa Imperatores interpretantur, & improbant; quoniam solius Principis sit ætatis veniam concedere; adi & Franc. de Amaya *lib. 1. obser. jur. cap.* 9. VINN. Quum crucem figat hic paragraphus viris doctissimis: rem exemplo Vinnii nostri a capite arcessemus. Legibus XII. tabularum soli furiosi accipiebant curatores. Nam quamvis vulgo & prodigos addunt ob *leg. 12. ff. de cur. furios.* §. 3. *Instit. hoc tit.* & Ulpian. *fragm. tit.* 12. §. 1. Vix tamen dubitaverim, quin id intelligendum sit eodem modo, quo & legitima patronorum tutela e XII. tabulis repetitur, §. *unic. de leg. patr. tut.* Nam in *leg. 1. ff. de cur. furios.* moribus id initio introductum esse scribitur, id est, ut ego interpretor interpretatione prudentum, qui furiosis adsimilabant prodigos, quia & ipsi furiosum rerum suarum faciebant exitium *leg. 12. §. 2. ff. de tut. dat. l. 1. pr. ff. de cur. furios.* Quia ergo curatio quodammodo ignominiosa habebatur, ei non suberant adolescentes, nisi peterent, idque cautum fuerat lege Lætoria. Vulgo equidem existimant, hac lege tantum adolescentibus dementibus & lascivis datos esse curatores; eamque sententiam ipse sequutus sum in *Antiq. Rom. l. 1. tit. 23. §. 6.* sed sic vix novi quid sanxisset M. Antonius, quum jam pridem omnes dementes & prodigi curatores ex lege XII. tabularum earumque interpretamentis acceperint: Fefellit ergo plerosque locus Julii Capitolini *in vita Marci, cap.* 10. *De Curatoribus vero quum ante non nisi ex lege Lætoria, vel propter lasciviam vel propter dementiam, darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis.* Verum non dicit Capitolinus, ex lege Lætoria tantum dementibus & lascivis curatores datos esse, sed ante Antoninum fuisse trium generum curatores, alios ex le-

ex lege Lætoria datos esse adolescentibus, alios ob lasciviam ex moribus, alios ob dementiam ex legibus XII. tabularum. Addi deinde, quid novi sanxerit Antoninus, nimirum, *ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis*. Ergo ex lege Lætoria curatores accipiebant adolescentes non omnes, sed, qui peterent, & quidem causa probata. Adolescentes ergo non inviti accipiebant: sed petentes. Petendi vero plures esse causæ poterant, quia nemo temere cum minoribus vellet contrahere, & horum tamen interesset, ut contractus iniretur. Quum vero plerumque curatores peterent, si quando contrahere vellent æs alienum: sapienter additum fuerat legi Lætoriæ, curatores iis datum iri *redditis causis*. Procul dubio enim inquisivit prætor, quod negotium explicaturus esset minor, & an expediret illi curatorem dari. Talis fuit lex Lætoria. An aliter Marcus Imp. rationes iniit, qui omnes minores curatores accipere jussit, non redditis causis. Recte ergo *leg.* 33. *C.* 1. *ff. de admnistr. & peric. tut.* dicitur, *officium tutorum, curatoribus constitutis, finem accipere*. Recte in *l.* 3. §. *ff. de min. omnes adolescentes in ætatem usque XXV. annorum curatorum auxilio regi*, dicuntur. Ita enim omnino sese res habere cœpit post Marci constitutionem. Quid ergo de verbis Justiniani, qui invitos negat curatores accipere? An cum Rævardo *lib.* 1. *variar. cap.* 17. inscitiæ arguemus Tribonianum, jus ex lege Lætoria antiquum pro novo & recepto obtrudentem? Quasi vero verisimile sit, Tribonianum in re dupondiis nota errare potuisse. An cum Vultejo §. *nostrum* de curatore in litem, vel cum Vinnio *l.* 1. *ff. de min.* de eo qui jam curatorem accepit, interpretabimur? An neutram conciliandi rationem verba admittere videntur? Potius dixerim, etiam post Marci constitutionem non nisi petentes accepisse curatores: eumdem tamen Imperatorem voluisse ut omnes acciperent. Prius ex *leg.* 13. §. *ultim. ff. de tutor. & curat. dat. leg.* 2. §. *penult & ult. ff. qui pet. tut.* posterius ex Julio Capitolino patet. Invenieda ergo erat ratio, qua adolescentes veluti cogerentur curatores petere. Et id eo modo facile fiebat, quod non prius tutela finita crederetur, quam quis curatorem petiisset. Quo pertinent *leg.* 33. §. 1. *ff. de admin. & per tut.* & *l.* 5. §. *ff. eodem*. Non ergo obtrudebatur curator invitis; sed dabatur potentibus. Petere autem debebant omnes, quia non prius rerum suarum administrationem accipiebant, quam petiissent. His ambagibus opus videbatur, quia vulgo curatelæ minorum ignominiosi quid inesse videbatur, *l.* 3. *Cod. de in integr. restit.* Atqui multi adolescentes, inquis, olim sine curatoribus res suas administrarunt: idque discimus ex *l.* 7. §. 2. *ff. de minor.* & *l.* 3. *Cod. de in integr. restitut.* Respondeo id ad factum, non ad jus pertinere. Nam & impuberes aliquando negligentia eorum, qui tutores petere tenebantur, sine custodibus erant, uti ex toto titulo, *qui petant tut. vel curator.* colligimus: non tamen inde sequitur, ut existimemus, in arbitrio fuisse impuberum, sine tutoribus agere mallent, an custodi subesse. Hæc paullo prolixius, quia vulgo parum accurate traduntur. HEIN.

Præterquam in litem) Sive litem minor intendat, sive excipiant, *l.* 2. *C. qui leg. pers. stand. in jud.* Quo ideo comparatum est, ne minoribus agentibus aut judicio conventis adversarius eluforio judicio lædatur, cum sententia adversus minores indefensos lata nullius momenti sit, *leg. contra* 54. *de re jud.* Idem & in aliis rebus simili æquitatis ratione receptum, veluti si debitor velit aut cogatur minori solvere, *l.* 7. §. 2. *de min.* sis, qui tutor fuit, rationem administrationis suæ redderet, *l.* 7. *C. qui pet. tut.*

Ad certam causam) Duplex igitur hic inter tutelam & curam differentia animadvertitur; una est, quod curator non detur invito, tutor invito detur, *leg.* 6. *de tut. & cur.* altera, quod curator ad certam causam dari potest, tutor non potest, §. *certæ* 4. *sup. qui test. tut. dat.* Neutrum autem horum moribus hodiernis observatur, ut alibi ostendimus.

TEXTUS.

De furiosis & prodigis.

3. *Furiosi quoque & prodigi, licet majores vigintiquinque annis sint, tamen in curatione sunt adgnatorum ex lege duodecim tabularum. Sed solent Romæ Præfectus urbi vel Prætores, & in Provinciis Præsides, ex inquisitione eis curatores dare.*

NOTÆ.

1. *Furiosi quoque*) *leg.* 1. *ff. de cur. fur.* Ulp. *tit.* 12. §. 1. Cic. 2. *de invent. cap.* 50. & 3. *Tusc. cap.* 5.

Prodigi) Quibus dissolute viventibus bonis interdictum, *l.* 6. *de verbor. oblig.* §. 2. *inf. quib. non est permiss. fac. testam.* Ulp. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

1. *Prodigone ipso jure, sive ipso, quod prodigus est, bonis interdictum intelligi debeat; an vero ad id requiratur sententia Magistratus?*

NON uti tutela quædam impuberum legitima est, ita & cura quædam minorum puberum. Tutela legitima agnatis proximis lege defertur propter spem certam successionis, *l.* 1. *de legit. tut.* Cura autem magis ob ætatem lege delata est, quia puberes testamentum facere, & præteritis agnatis quem velint sibi hæredem instituere possunt. Unde jam intelligitur, cur ob furorem, vel prodigalitatem, a lege curatores dentur: nimirum quia furiosi & prodigi, qui non magis quam impuberes testamentum facere possunt, certos habent agnatos, quos ideo & curatores esse lex voluit.

Licet majores) Eo magis igitur, si minore sint. Nam lex omnes furiosos & prodigos, solis pupills exceptis. in curatione agnatorum esse voluit. Cæterum postquam minores omnes ex oratione D. Marci curatorem accipere cœperunt, placuit curatorem minori 25. annis furioso, non ut furioso, sed ut adolescenti dari; non propter furorem, sed propter ætatem, *l.* 3. §. 3. *de tutel.* Quem locum non videtur inspexisse D. Bachov. sed principium dumtaxat *d. l.* 3. ex quo contrarium defendere conatur. Ant. Fab. 1. *jurispr.* 12. *pr.* 1. *tiat.* 6. contendit, *d.* §. 1. Triboniani esse, & a juris ratione alienum: nam cum curator minoris, non personæ, sed rebus detur; furiosi contra personæ, interesse furiosi, quasi furioso potius, quam quasi adolescenti curatorem dari. Bella ratio. Credo, ne alioqui nuptiæ a furioso sine consensu curatoris contractæ ratæ sint; aut ex negotio gesto saltem cum auctoritate curatoris obligetur. Ex professo cum Fabro congreditur eximius Jurisconsultus Branc. de Amaya *l.* 1. *obs. jur. cap.* 7.

Ex lege duodecim tabularum L. 1. l. 12. de cur. fur. Ulp. *l. 12. §. 1.* Verba legis citat M. Tullius *l. de inven. c. 50. & 3. Tusc. c. 5. Si furiosus existat: agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* Unde nonnulli existimant, legem de prodigo nihil nominatim cavisse, sed per interpretationem ita acceptam esse propter successionis emolumentum, quod ut furioso ita & prodigo mortuo, ex lege apud agnatos est, *arg. tit. de leg. patr. tut. supra*, quamquam apud nostros hujusmodi distinctio non reperitur. Prodigum definit Ulp. *dict. l. 1.* eum, qui neque modum neque finem impensarum habet, sed bona sua dilacerando & dissipando profundit. (1) Unde vulgo quæri solet: an prodigus intelligendus sit qui facto talis est; an vero decretum Magistratus expectandum; hoc est; an ipso jure & lege 12. tabularum dissolute & luxuriose viventi bonorum administratio interdicta intelligatur; an vero tum demum, cum talis esse sententia Magistratus declaratus est? Dicendum, eum, qui moribus talis est, qualis in *d. l. 1.* describitur, revera quidem & ethice prodigum esse; (nam vitia & virtutes non pendent ex cognitione & sententia judicis, sed propriam naturam & formam habent) cæterum quoad rerum suarum administrationem non ante politice & effectu juris prodigum haberi, quam ea administratio causa cognita decreto Magistratus ei adempta sit; cujusmodi decretis extat vetus formula apud Paul. *5. sent 4.* Nimirum bonorum administrationis ademptio sive interdictio non juris est, sed jurisdictionis; hoc est, nemini speciatim bonorum administrationem lex interdicit, ac ne potest quidem interdicere: sed generaliter interdici jubet omnibus, idque auctoritate Magistratus, quod prodigos esse causa cognita constabit; eumque, cui bonis publice interdictum est, vult esse in curatione agnatorum, Ulp. *d. t. §. 1. sæc. §. 2. inf. quib. non est perm. fac. test. l. 6. de cur. fur.* qui tamen & legi interdici bonis dicitur, *d. l. 1. de cur. fur. l. 18. qui test. fac. l. 5. §. 1. de acq. hær.* propterea quod lex id fieri jubet, & quia a lege curatorem & administratorem bonorum accipit. Bene igitur & rationi juris convenienter Horatius *2. serm. 3.*

> —— *Interdicto huic omne adimat jus*
> *Prætor, & ad sanos abeat tutela propinquos.*

Furiosi alia ratio est. Nam cum furor per se emineat, ut furioso bonis a Magistratu interdicatur, non requiritur: at vero an quis prodigus haberi debeat, ex multis & variis circumstantiis æstimandum est, de quibus Magistratum cognoscere & pronuntiare oportet, ne quis temere in hominem sui juris & liberalem forte magis quam prodigum potestatem aliquam sibi usurpet, aut cuiquam probabilis ignorantia noceat. Atqui, inquis, prodigus receptis sanis moribus, & cum fragilitate in gratiam reversus, definit in ipso jure esse in curatione, *d. l. 1. de cur. fur.* Sed ne hoc quidem excludit cognitionem & declarationem Magistratus, utique necesse est; ut publice & aperte de eo constet, uti communiter DD. nostri teste Angelo statuunt. Atqui hoc etiam concedo: si quis contraxerit cum manifeste luxurioso, eoque, quem sciebat, pecuniam illico male consumpturum dici posse, esse quod sibi imputet, *arg. l. 7. pro empt.* Vigl. *in §. 2. inf. quib. non est perm. test. fac.* Mynf. *hic* Gail. *2. obs. 51.* Paul. Bus. *ad l. 6. de verb. obl.* Ant. Fab. *Cod. suo de cur. fur. def. 7.* Ducher. *2. diff. 8. n. 8.* D. Tuld. *hic c. 4. & ad t. Cod de cur. fur.* Christin. *volum. 1. dec. 163.* Nostris moribus semper requiritur sententia declaratoria ejusque publicatio; teste Grot. *1. manud. 11.* add. Jod. Damhoud. *c. 8. de tut. & cur. munit. num. 26.*

Sed solent Romæ) *L. 1. de cur. fur. l. 8. §. ult. de tut. & cur. dat.* Qua tamen in re, quam minimum potest, Magistratus a lege duodecim tabularum recedit: nam aliis administrationem dare non solet; nisi agnati aut nulli sint, aut minus idonei, *l. 13. de cur fur.* ut non absolute hæc cura ex legitima facta sit honoraria.

T E X T U S.

De mente captis, surdis, &c.

4. *Sed & mente captis, & surdis, & mutis, & qui perpetuo morbo laborant, (quia rebus suis superesse non possunt) curatores dandi sunt.*

COMMENTARIUS.

Mente captis) Furiosus utique & mente captus, hoc est, demens, sive amens: nam furor definitur a Cic. *3. Tusc.* est *mentis ad omnia cæcitas.* Plerumque tamen separantur, ut in *l. diem proferre 27. §. coram 5. de recept. arb. l. 2. de inoff. test. leg. ult. §. 1. Cod. de adm. tut.* uti & furor & dementia, *l. 8. de tut. & cur. dat. l. 6. de cur. fur.* mente captus ἄνους, ἄνοητος; furiosus μανικὸς, Cic. *in Pison. cap. 20. Ego te non vecordem, non furiosum, non mente captum, non tragico illo Oreste, aut Athamante dementiorem putem?* Hoc autem distare furiosum a mente capto Interpp. nostri docent, quod ille rabie quadam animi agatur, quales fabulæ memorant Athamantem, Herculem, Ajacem, Orestem; hic magis in quiete sit, nec ulla fere signa ostendat extrinsecus; quod vitium plerumque naturale & perpetuum est. Furiosorum autem duo sunt genera: nam in quibusdam morbus perpetuus est, & continua mentis abalienatio, in quibusdam remissionem & intervalla habet, *l. 14. de pres. l. 12. §. 2. de judi. leg. cum dotem 22. §. si maritus 7. sol. matrim. l. 6. C. de cur. fur.*

Surdis & mutis) De surdis & mutis est in *l. 3. §. 3. de tut. & cur. dat.* generatim de omnibus, qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, *leg. 12. eod. t.* De cæcis nihil cautum, quippe qui rei suæ familiari, si nihil aliud impediat, satis bene præesse possint.

T E X T U S.

De Pupillis.

5. *Interdum autem & pupilli curatores accipiunt, ut puta, si legitimus tutor non sit idoneus: quoniam habenti tutorem tutor dari non potest. Item si testamento datus tutor, vel a prætore, aut præside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei curator adjungi. Item loco tutorum, qui non in perpetuum, sed ad tempus a tutela excusantur, solent curatores dari.*

N O T Æ.

5. *Curator adjungi*) *l. 10. §. ultim. de excus. l. 13. de tut. leg. 2. Cod. in quibus causis tut.* legitimo tutori etiam suspecto, *l. 9. de suspect. tut.* alibi tamen tuto appellatur *l. 12. de tut. l. 14. & seq. de tut. dat.*

COM-

COMMENTARIUS.

Habenti tutorem tutor dari non potest) Regula juris civilis passim in hoc argumento tradita, *leg. idem fiet 27. de test. tut. l. cum jure 9. C. qui pet. tut. l. si sororis 9. C. qui dar. tut.* &c. Cujus vera ratio est, quæ a VVesembecio redditur, quod cum tutor personæ pupilli & universo ejus patrimonio datus intelligatur, *§. datus 17. infr. de excus.* hoc jus ei invito, quamdiu tutor manet, sine injuria adimi aut minui non possit, apposito alio tutore. Curator autem recte adjungitur juvandi & sublevandi tutoris causa, & volenti ac petenti item tutori. Cæterum nullum usum hæc regula hodiernis moribus habet. Grot. *lib. 1. introd. c. 7.* & jure Romano non unam patitur exceptionem. Nam prima habenti tutorem tutor dari potest aliarum rerum, *l. propter litem 21. §. ult. de excus.* nempe patrimonii pupilli, quod in alia provincia habet, *l. tutores 39. §. patruus 18. de adm. tut.* Deinde si tutor furere cœperit, aut mutus vel surdus factus sit; complura senatusconsulta facta esse Cajus auctor est, ut in ejus locum alius tutor detur, *leg. pen. de tut.* Idem denique traditum est, si tutor Reip. causa abesse cœperit, aut ab hostibus receptus sit, aut relegatus, *l. 11. & leg. 15. eod. l. 1. & l. pen. C. in quib. caus. tut. hab.* Quod tamen & ipsum in plerisque causis non est perpetuum: nam alibi legimus, ob morbum, aut insaniam tutoris curatorem interim dare, *l. 10. §. ultim. de exc.* item propter absentiam eorum omnium, qui ad tempus excusantur, *l. 15. & l. seq. de tut. & cur. dat.* Existimo prætorem pro qualitate morbi, aut diuturnitate absentiæ modo tutorem, modo curatorem dedisse, veteresque hisce nominibus promiscue sæpe usos.

Non tamen fraudulenter) Nam fraudulenter in re pupilli versanti, non curator adjungitur, sed tutela interdicitur, *l. 6. eod. C. de susp. tut. §. ult. infr. eod.* Hæc autem clausula in legitimo tutore omissa est, cujus existimationi propter necessitudinem parcitur, etiamsi quid forte peccaverit; & curator ei potius adjungi solet, quam ut notata fide a tutela removeatur, *l. 9. de susp. tut.*

Sed ad tempus) Quod Reip. causa absint, *leg. 15. de tut. dat.* aut ob aliam necessariam aut justam causam, *leg. 16. eodem*. In ejus autem locum, qui in perpetuum excusatur, alius tutor sufficitur, *leg. 11. §. 1. de test. tut. l. 1. Cod. in quib. cau. tut. hoc*.

TEXTUS.

De constituendo actore.

6. Quod si tutor vel adversa valetudine, vel alia necessitate impediatur, quominus negotia pupilli administrare possit, & pupillus vel absit, vel infans sit; quem velit actorem, periculo ipsius tutoris prætor, vel qui provinciæ præerit, decreto constituet.

NOTÆ.

6. *Actorem)* Pomponius adjutorem tutelæ vocat, *l. 13. §. 1. de tut.*

Constituet) Id est decernit editum, & nominatum; a Tutore, & ob hanc causam etiam periculo tutoris, *l. 24. de administr. tut. & l. 13. §. 1. de tut.*

COMMENTARIUS.

Non semper ex causis, quas diximus, tutori curator a Magistratu additur; sed solet decreto Prætoris actor constitui periculo tutoris, quotiescumque aut diffusa negotia sunt, aut dignitas, vel ætas, aut valetudo tutoris id postulat, *leg. decreto 21. de adm. tut.* quem adjutorem tutelæ appellat Pomp. *l. 13. §. 1. de tut.* Curator quoque ex iisdem causis similiter actorem dat, *l. unic. C. de act. a tut. seu cur. dand.*

Vel absit, vel infans sit) Nam si præsens sit & fandi potens; nihil necesse est prætorem adire actoris decreto constituendi causa, cum pupillus ut dominus auctore tutore procuratore constituere possit, *d. l. decreto 24. de adm. tut. l. 11. Cod. de proc.*

Periculo ipsius tutoris) Quamvis tutor curatoris sibi adjuncti periculum non præstet: actor tamen & adjutor tutelæ periculo tutoris constituitur, licet decretum interveniat, *d. l. 13. §. 1. de tut. d. l. decreto 24. de adm. tut.* Hoc ideo quia, is qui nominat, idoneum esse promittere videtur, *arg. leg. 1. de mag. conv. l. 4. §. 3. de fideicom. & nominat.*

TITULUS VIGESIMUS QUARTUS.

DE SATISDATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

De Lib. 27. Tit. 7. Cod. Lib. 5. Tit. 57.

Continuatio & Argumentum Tituli, cum summa plerumque, quæ tutelæ & curæ communia.

Hactenus dictum est de tutoribus & curatoribus distincte, & separatim, expositumque, quæ tutelæ, quæ etiam curæ sint propria. Quæ nunc sequuntur, satisdatio, excusatio, suspecti accusatio & remotio, promiscua sunt, & utriusque muneris communia. Quamobrem quæ forte de uno genere brevitatis causa dicemus, ea de altero quoque intelligenda sunt. Hic autem titulus, quamvis simplicem inscriptionem, duo tamen capita habet: unum est de satisdatione a tutoribus in præparatione ad officium exigenda, cui respondet titulus in ff. rem pup. salv. for. alterum de Magistratibus in subsidium conveniendis, de quo tit. ff. & Cod. de mag. conv. Præter satisdationem, & duæ aliæ res sunt, quæ hic omissæ a tutoribus & curatoribus omnibus exiguntur, *l. 7. de adm. tut. l. ult. C. arb. tut. & tutores 24 Cod. de adm. tut.* de quo adi Christ. *vol. 3. dec. 151. n. 6. & seqq. & dec. 163. n. 7. & seqq.* Grot. *1. manud. 9.* deinde ut jurent se rem ex fide atque ad utilitatem curæ suæ commissorum gesturos esse, *Nov. 72. cap. ult. unde auth. quod generaliter, Cod. de curat. fur.* Ad hæc pro officio administrationis bona tutoris & curatoris populo adolescenti tacite pignori sunt obligata, *l. pen. offic. 10. C. de adm. tut. & ibi DD.* Christ. *d. decis. 151.* Postremo in eo quoque conditio est tutorum & curatorum, quod bona pupilli minorisve immobilia, atque ex mobilibus quæ servari possunt, alienare eis non licet sine cognitione & decreto judicis, *l. ex qua 22. Cod. de adm. tut. & ib. DD.* add. Christ. *d. dec. 151, cum seqq.*

TEXTUS.

Qui satisdare cogantur?

P. Ne tamen pupillorum pupillarumve, & eorum, qui in curatione sunt, negotia a curatoribus tutoribusque in curatione sunt, negotia a curatoribus tutoribusve consummantur vel diminuantur, caret Prætor, ut & tu-

& tutores & curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpetuum; nam tutores testamento dati satisdare non coguntur: quia fides eorum & diligentia ab ipso testatore approbata est. Item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisdatione non onerantur: quia idonei electi sunt.

NOTÆ.

Eo nomine satisdet) Id est pupillum vel adultum datis fidejussoribus securum faciant, *leg. 1. & pass. ff. rem pup. salv. for.* hoc enim est satisdare. Græci ἐγγύας παρέχειν. Prætoriæ stipulationes, qualis hæc est, cautionem pignoratitiam regulariter non admittunt, *leg. 7. de stip. præt.*

Testamento dati) Ut ex testamento confirmati *l. 3. de conf. tut.* paternum testimonium pro satisdatione sufficit, *l. 7. ff. 5. ff. de cur. fur.* neque enim tutor a patre, nisi spectatæ fidei, & diligentiæ eligi solet, *leg. 38. de excus.* Excipe casus *leg. 8. cum 2. seqq. de conf. tut.*

Ex inquisitione) *l. 4. C. de tut. qui sat. non ded.* & regula est, ubi locus est inquisitioni, cessat satisdatio, *l. 8. de cur. fur. l. ult. §. 7. de adm. rer. ad civ. pertin.* fides enim inquisitionis pro vinculo cedit cautionis, ut ait Papin. *l. 13. in fin. de tut. dat.*

COMMENTARIUS.

1. *Quando pignora in vicem satisdationis admittantur?*
2. *Plures fidejussores unius tutoris beneficium divisioni non inter fidejussores dividi.*
3. *Nullum esse genus tutorum, in quo non aliqui satisdandi lege soluti.*
4. *Quid circa satisdationem, & nonnulla alia, apud nos observetur?*

E*O nomine satisdent*) Satisdare proprie est, fidejussoribus datis cavere, *leg. 1. si quis satisd. cog.* Atque hoc prætoriæ stipulationes regulariter desiderant. *l. prætoriæ 7. de præt. stip.* nimirum quia Prætor fere cavere jubet de eo, quod interest, nec certam æstimationem habet, ideo pignora dari noluit; cum sciri non possit, quæ & qualia deponenda sint. Sed & pignora multis casibus sunt obnoxia, multa etiam incommoda, & tædiosam habent custodiam; quod notat Castrop. ad *dict. leg. 1. qui satisd. cog.* (1) Quod si cautio pro re certa aut quantitate præstanda sit, etiam pignora amittit, *leg. 1. §. jubet, 9. de collat. leg. 2. §. 3. quod legat.* Itaque satisdare tutelæ aut curæ nomine est, stipulanti pupillo vel adolescenti, sive alii, cui de ea stipulandi jus est, promittere, si pupillum vel adolescentem indemnem præstaturum, datis in eam rem fidejussoribus, qui, quod tutorem ex ea causa præstare oportebit, spondeat: unde hæc cautio dicitur satisdatio de indemnitate pupilli vel adolescentis, & passim satisdatio rem pupilli vel adolescentis, salvam fore (2) Si plures fidejussores & tutores dati sunt, singuli in solidum tenentur, & conveniri possunt; neque beneficium divisionis, quod cæteri fidejussores ex epistola D. Adriani habent, ad fidejussores tutoris pertinet, *l. ult. rem pup. salv.* Cæterum ex persona plurium tutorum inter fidejussores dividitur actio, *l. 6. de fidel. & nemine l. 1. §. & si quidem 11. de tut. & rat. distr.* Pertinet vero hæc stipulatio etiam ad curatores furiosorum & prodigorum, *l. 4. §. ult. rem pup. salv. for.* Et, siquidem tutor fuit, finita demum tutela committitur, atque exinde dies fidejussoribus cedere incipit: in curatore statim atque quæque res salva non esse cœperit, *dict. l. 4. §. 4.* Porro quicquid in judicium tutelæ venit, id etiam hac stipulatione continetur: ac proinde non tantum damna illata, sed etiam lucra neglecta, *l. 9. d. tit. leg. 1. de tut. & rat. distr. l. si tutor 15. de adm. tut.* VINN. Recte Vinnius, stipulationem pro tutore committi demum finita tutela. Ita enim diserte Ulp. *leg. 4. §. 1. ff. rem pup. salv. fore.* Sed turbare videtur *leg. 11. ff. eod.* ubi Neratius: *Cum rem salvam fore pupillo cavetur, committitur stipulatio, si quod ex tutela dari fieri oportet, non præstetur.* Unde quidam ajunt, stipulationem statim committi, tutore non præstante, quod enim facere oportebat, sed agi demum posse, finita tutela. Verum salva res est. Non agit Neratius de tempore, quo committitur stipulatio, sed de modo, quo committatur, adeoque ea conciliandi ratione non opus videtur. HEIN.

Sed hoc non est perpetuum) Hoc adeo perpetuum non est, ut exceptiones latius patere videantur, quam ipsa regula: nullum enim genus tutorum est, (3) in quo non aliqui satisdandi lege soluti sint: testamentarii in universum, *leg. testamento 17. de test. tut. leg. 3. & 4. Cod. de tut. vel cur. qui sat. non ded.* Ex legitimis eximuntur patroni, eorumque liberi, *leg. 5. §. 1. de leg. tut.* Ex dativis, qui dantur ex inquisitione, *hoc text. & leg. pen. Cod. dict. tit.* At cur hos omnes a satisdatione immunes esse placuit contra utilitatem, ut videtur, pupillorum? Respondemus, nihil hic fieri contra utilitatem pupillorum, tantum ubi illi satis bene prospectum esse creditur, incivile visum est, satisdationem exigi, virisque spectatæ fidei ac diligentiæ hoc onus imponi. Tales autem habendi sunt, qui vel testamento, vel ex inquisitione dantur, ob causas, quas mox exprimit Justinianus. Patrono autem liberisque ejus etsi satisdatio remittitur, id tamen non fit nisi causa cognita, *dict. leg. 5. §. 1. de leg. tut.* Parentem autem manumissorem vel maxime hac lege solutum esse convenit.

Tutores testamento dati) Extra quam si facultatum dati a patre tutoris facta sit deminutio vel morum antea celata aut ignorata emerserit improbitas, vel inimicitiæ cum patre exarserint, *l. 3. de test. tut. l. 8. & 2. seqq. de conf. tut.* Tutores quoque, qui non legitime testamento dati, aut omnimodo, aut ex inquisitione confirmandi sunt, satisdatione non onerantur; cæteri satisdant, *l. 1. §. 2. & aliquot ll. seqq. d. tit. §. ult. supr. de tutel. & ibi not.*

Ab ipso testatore approbata) Quippe parentes nemini tutelam liberorum suorum committere solent, nisi ei, cujus benevolentia, fides ac diligentia eis satis cognita perspectaque sit, *l. amicissimos 36. de excus.* ut merito paternum testimonium satisdatione sufficere debeat, *leg. de creationibus 27. Cod. de Episc. aud. leg. ult. §. 1. Cod. de cur. fur.*

Quia idonei electi) Quam ob causam fidem inquisitionis pro vinculo cautionis cedere, Papinian. scripsit, *l. si impuberi 13. in fin. de tut. & cur. dat.* (4) Olim apud nos nemo tutor idoneus sine satisdatione æstimabatur: verum hodie prudentiæ & religioni eorum, qui rebus pupillaribus præsunt, ea res committitur, qui non solent satisdationem a tutoribus exigere, contenti eorum jurejurando, præsertim si testamento dati sint, quod & passim alibi observatur. Joann. a Sande *lib. 2. tit. 9. defin. 9.* Extat formula jurisjurandi in *stat. tutelar. Rhijnland. art. 22.* Quandoque ab uno ex pluribus tutoribus, cui singulariter administratio conceditur, fidejus-

jussores aut pignora, prout res postulat de consilio propinquorum pupilli exiguuntur. Qui majoris momenti sunt, non nisi sciente & consentiente Magistratu pupillari tutores facere possunt, nisi is Magistratus testamento exclusus sit: quo tamen casu nihilominus suprema inspectio, re exigente, penes eos est, qui tribunali præsunt, vid. Grot. 2. *manud.* 9. ubi etiam tractat, an tutores, & quinam, mercedem administrationis petere possint; item, quando tutoribus liceat quæstorem constituere, & quædam alia ad tutoris administrantis & quæstoris constituti officium pertinentia.

T E X T U S.

Quatenus satisdatio de iis, qui satisdare non compelluntur, locum habere possit?

1. *Sed etsi ex testamento vel inquisitione duo pluresve dati fuerint; potest unus offerre satisdationem de indemnitate pupilli vel adolescentis, & contutoris suo vel concuratori præferri, ut solus administret: vel ut contutor aut concurator satis offerens proponatur ei, ut & ipse solus administret. Itaque per se non potest potere satisdationem a contutore vel concuratore: sed offerre debet, ut electionem det concuratori vel contutori suo, utrum velit satis accipere, an satisdare. Quod si nemo eorum satis offerat, si quidem adscriptum fuerit a testatore, quis gerat, ille gerere debet: quod si non fuerit adscriptum, quem major pars elegerit, ipse gerere debet, ut edicto Prætoris cavetur. Sin autem ipsi tutores dissenserint circa eligendum eum, vel eos qui gerere debent; Prætor partes suas interponere debet. Idem & in pluribus ex inquisitione datis comprobandum est; id est, ut major pars eligere possit, per quem administratio fiat.*

N O T Æ.

1. *Potest unus offerre*) Unius ex pluribus tutoribus satisdationi non obnoxiis provocatione fieri potest, ut cæteri satisdationi subjiciantur, aut huic parato satisdare administratio committatur, *leg.* 17. & 2. *seqq. de test. tut.* cujus instituti rationem pete ex *l.* 3. 6. *de admini. tut.*

Si non fuerit adscriptum) Aut adscriptus gerere nolit, *d. l.* 3. §. 7.

Prætor partes suas interponere) Id est causa cognita statuere, quis tutelam gerere, *d. l.* 3. §. 4. *l.* 14. §. 1. *ff. de solut.* Sorte rem hic dirimi non placet, quia vertitur in præjudicium alterius. Accurs.

COMMENTARIUS.

1. *Provocatione unius ex pluribus tutoribus satisdationis non obnoxiis fieri posse, ut cæteri satisdationi subjiciantur.*
2. *Tutelam non tam commode a pluribus, quam ab uno administrari: ideoque Prætori curæ esse, ut administratio in unum derivetur, & qui in ea re ordo?*

Hic locus exceptionem quamdam continet eorum, quæ de tutoribus testamento aut ex inquisitione datis satisdatione non onerandis initio dicta sunt: nam etsi directo ab his satisdatio exigi non potest; (1) si tamen plures sint hujusmodi tutores, provocatione unius fieri potest, ut cæteri satisdationi subjiciantur, si huic parato satisdare administratione committi nolint. Id quod summa ratione a Prætore introductum est. Nam cum periculum administratione non divisa commune fit omnium tutorum, & quod culpa unius male gestum est, alias quoque oneret, *l.* 6. *in fin. C. arb. tut. l. pen. C. de div. tut.* æquissimum est, ut ei, qui hoc incommodum metuit, soli administratio permittatur satisdationem ad securitatem collegarum offerenti: aut si ipsi administrare malint, eadem conditione administrent, collegamque suum, qui satis obtulit, præstita cautione itidem securum reddant. Porro quoniam tutela non tam commode a pluribus quam ab uno administrari solet, (quippe plures ad administratione admissi sæpe dissensione aut æmulatione se invicem impediunt; sæpe etiam, ut ait Arist. 2. *pol.* 2. mutua præsumptione & fiducia operæ alterius omnes cessant; utique unus facilius & actione exercet & excipit) curæ Prætori fuit, ut quoad fieri posset, in paucos, vel unum potius, tutela derivaret, quam ut ea per multos spargeretur, *l.* 3. §. *apparet* 6. *de adm. tut.* eleganter D. Tuld. *cap.* 3. & 4. *hic.* Hujus autem rei causa gradus complures Prætor fecit, quorum ordinem & numerum hic demonstrat Justinianus. Primus est, ut ei, qui ex pluribus satisdationi non obnoxii satisdationem offert, gestio committatur, *l.* 17. *de test. tut.* Proximus: si nemo satis offerat; ut ei committatur, quem testator voluit: cui male primum defert Hotom *d. l.* 3. §. 1. *de admin. tut. l.* 14. §. 1. *de solut.* Tertius; si testator neminem designavit, ut is administret, quem major pars collegarum elegerit, *d. l.* 3. §. *si non* 7. *d. l.* 14. §. 1. Quartus; si collegæ inter se dissentiant, ut tum Prætor partes suas interponat, & causa cognita ipse statuat, quis tutelam gerere debeat, *dd. ll.* Sorte hic rem dirimi non placuit, quia vertitur in præjudicium alterius, Gloss. *in verb. partes.* Enimvero hæc ita obtinent, ubi de tutelæ administratione uni aut paucis committenda agitur: nam si omnes gerere velint, aut tutelam inter se dividi vel in partes, vel in regiones; audiendi sunt, ne inviti alienum periculum subire cogantur, *d. l.* 3. §. *penult.* & *Ir. cum l. seq. de adm. tut.* Idemque est, si omnes parati sint satisdare, *dict. l.* 17. *de test. tut.* ut tamen maxime idoneum Prætor eligere possit, *l. quod si* 18. *d. tit.* Porro nec judicio testatoris semper in hac re statur, nec satis offerens semper præfertur ob causas, quas affert Ulpian. *d. l.* 3. §. 3. *de admin. tut. d. l.* 17. §. 1. & 2. *de test. tut.*

Per se non potest petere) Dativus vel testamentarius tutor sive curator a collega suo satispetere non potest: sed offerre ei debet, utrum satis accipere velit, an dare, *leg.* 7. *rem pup. salv. for.* Scilicet ita: aut satisdare: aut satis accipere.

In pluribus ex inquisitione) Ex interpretatione videlicet edicti & oratione DD. Fratrum: siquidem verba edicti ad testamentarios tantum pertinent, *leg. si nemo* 19. §. 1. *de test. tut.* Illud hic prætereundum non est, etiamsi uni administratio decernatur: non idcirco tamen honorarios tutores, id est, eos qui non administrant, per omnia immunes a periculo tutelæ: sed excussis prius facultatibus ejus, qui gessit, etiam hos conveniri posse: quippe quorum munus sit observare actus tutoris gerentis, rationes inspicere, & male versantem suspectum facere, *d. l.* 3. §. 2. *de adm. tut.* D. Tuld. *cap.* 4.

T E X T U S.

Qui ex administratione tutelæ, vel curationis teneantur?

2. *Sciendum autem est, non solum tutores vel curatores pupillis, vel adultis, cæterisque personis ex administratione*

tione rerum teneri, sed etiam in eos, qui satisdationem accipiunt, subsidiariam actionem esse, quæ ultimum eis præsidium possit afferre. Subsidiaria autem actio in eos datur, qui aut omnino a tutoribus vel curatoribus satisdari non curaverunt, aut non idonee passi sunt caveri. Quæ quidem tam ex prudentum responsis, quam ex constitutionibus imperialibus etiam in hæredes eorum extenditur.

NOTÆ.

2. *Subsidiarium actionem*) Quia in subsidium pupilli datur, & adulti, excussis prius administratoribus, eorumque fidejussoribus. Vide fusius in Commentario infra.

COMMENTARIUS.

1. *Qui & quando præter tutores curatores pupillis & minoribus teneantur; & quo quisque ordine conveniendus?*

PArs hujus tituli altera, in qua agitur de actione subsidiaria, quæ pupillis vel adultis cæterisque personis tamquam ultimum præsidium datur adversus Magistratus, qui satisdationem exigere debet. Unde apparet, huic actioni locum non esse, ubi testamento vel ex inquisitione dati sunt tutores: sed usum ejus esse posse in legitimis tantum, aut simpliciter datis, quos solos satisdationi obnoxios esse diximus.

Subsidiarium actionem) Quæ ex re ipsa hoc nomen accepit, quia in subsidium pupillis datur, si a tutoribus eorumve fidejussoribus suum consequi nequeant: ut hæc actio ultimum eis sit perfugium, & tamquam sacra anchora, *l. 4. & 5. Cod. de mag. conv.* Quo res melius intelligatur, sciendum est, primo loco conveniendos esse tutores eorumque hæredes: & si plures sint tutores, eum qui gessit, ejusque successores, *leg. tutoris 39. §. in eum 11. de adm. tut. leg. ult. C. de div. tut.* quod si is solvendo non sit; hoc cæteros onerare. Si omnes gesserunt, unum eligi posse, & in solidum conveniri, *l. 2. C. d. t. l. 6. arb. tut.* sed electo tum triplici beneficio succurri; divisionis & cedendarum actionum, exemplo fidejussorum, *leg. 1. §. & si quidem 11. de tut. & rat. dist. d. l. 2. C. de d. 2. tut.* & insuper utili actione adversus contutores, si quid ex communi gestu non mandatis actionibus præstiterit, *d. l. 1. §. & si forte 13.* Si nemo gesserit & omnes solvendo sint: electioni itidem locum esse, eumque, qui convenitur, excipere posse periculi societatem: cæterum ut actiones sibi præstentur, frustra desiderare, *l. si plures 38. de adm. tut.* Quod si a Magistratu vel testatore in partes seu regiones divisa sit tutelæ administratio; pro parte attributa quemque conveniendum esse, nisi cujus dolus aut culpa arguatur, quod collegam suspectum non fecerit, aut fecerit quidem, sed collusorie, aut eversis jam ejus facultatibus, *d. l. 2. C. de div. tut. l. Lucius 46. §. pen. de adm. tut.* Conventione autem tutorum mutuum periculum non finitur: verum qui administravit, si solvendo sit, ejusque successores primo loco conveniendi, *l. ult. C. d. tit.* Porro & bona tutorum tum propter res gestas, tum propter non gestas pupillis esse obligata, *l. pro offic. 20. Cod. de adm. tut.* Mynf. Schneid. *hic.* Atque hic pupillo consistendum, si a tutoribus satisdatum non est, quia testamento aut ex inquisitione dati. Si veros tales sint, ut satisdare debuerint, nec exacta sit satisdatio, post tutores statim ad Magistratus venitur, qui officium suum in exigendo neglexerunt; ut *hoc text.* Exacta autem cautione, proxime post tutores hæredesque eorum conveniuntur dati fidejussores, iisque deficientibus hæredes eorum, *l. 3. de fidejc. & nomin. & hær. tut.* Atque ad extremum excussis omnibus & administratorum & fidejussorum bonis, si solidum pupillus nondum consecutus est, subsidiaria actio est in Magistratus, qui satisdationem acceperunt, *leg. Lucius 46. §. pen. de adm. tut. l. 4. C. de Mag. con.* Nonnumquam tamen prius ad Magistratus venitur, quam ad contutores: si nimirum his nihil imputari possit, quod vel satis a contutore non exegerint, vel suspectum eum non fecerint, vid. *leg. 1. §. usque adeo 15. de tut. & rat. dist.* junct. *l. 14. de adm. tut. l. 2. & 3. de Mag. conv.* add. VVes. *par. de adm. tut. n. & 5. de Mag. conv. per tot.* Christin. *vol. 3. decis. 156. n. 9.*

Non idonee passi sunt caveri) Quoties vitiose cautum est, non videtur cautum, *l. 6. qui satisd. cog.* Atque hic notant, paria esse, utrum quid non fiat, an non debito modo. Sed hoc interest, quod ubi omnino cautum non est, statim Magistratus conveniri possunt; ubi cautum est, licet non idonee, fidejussorum bona prius excutienda sunt, quam ad Magistratus veniatur.

In hæredes) Non tamen similiter tenentur hæredes Magistratuum, ut ipsi Magistratus. Nam nec hæres tutoris negligentiæ nomine tenetur. Nam Magistratus quidem in omne periculum succedit; hæres ipsius doli tantum, & dolo proximæ culpæ succedaneus est, *l. 4. de Mag. conv. l. 2. Cod. eod.* Etenim si Magistratus tanta fuit negligentia, ut aut omnem cautionem omitteret; aut evidenter cum minus idoneis fidejussoribus contraheret; ipsum hoc casu loco fidejussoris habendum placuit; *l. 6. eod.*

TEXTUS.

Si tutor vel curator cavere nolit.

3. *Quibus constitutionibus & illud exprimitur, ut nisi caveant tutores & curatores, pignoribus captis & coerceantur.*

COMMENTARIUS.

P*Ignoribus captis*) Pignora ideo dicuntur, quia aliquandiu, & donec aliquid fiat, retinendum: eaque pars fuisse videtur multæ dictionis. Quod si in contumacia perseverent, removendi a tutela ut suspecti, *leg. 3. de sup. tut.*

TEXTUS.

Qui dicta actione non tenentur?

4. *Neque autem Præfectus urbi, neque Prætor, neque Præses provinciæ, neque quisquam alius, cui tutores dandi jus est, hac de actione tenebitur: sed hi tantummodo, qui satisdationem exigere solent.*

NOTÆ.

4. *Qui satisdationem exigere*) In urbe scriba, in provinciis Duumviri, *leg. ult. C. d. tit.* tit. *leg. 3. §. ult. ff. de peculi.*

COMMENTARIUS.

1. *An ipsi etiam Magistratus majores cautionem exigere potuerint?*
2. *Moribus hodiernis perexiguum actionis subsidiariæ usum esse.*

C*Ui tutores dandi jus est*) Κατ' ἐξοχὴν vel jus plenum & liberum, quale item habent Proconsules, cæterique,

rique, quibus provinciæ regendæ commissæ, *l. 1. de tut. & cur. dat. l. 1. §. 1. ff. de Mag. conv.* alioqui & Magistratus municipales jus dandi tutores habent, sed circumscriptum, aut pendens ab arbitrio & jussa majorum Magistratuum, *l. 3. d. t.* junct. §. *sed hoc jure 4. sup. de Atil. tut.* Locus hic descriptus ex *l. 1. §. 1. de Mag. conv.*

Qui satisdationem exigere solent) Ut Magistratus & defensores civitatum οἱ ἐκδικοι, καὶ ἐκδικοι τῶν πόλεων, Theoph. Item scriba Præsulis vel Prætoris; *l. ult. Cod. eodem*. Ait, *exigere solent*. Potuitne ergo & ipse Prætor cautionem exigere? Et potuisse non dubito, *leg. 2. & 3. rem pup. salv.* Igitur & Præsides potuerunt. Nusquam tamen reperimus, in eos actionem subsidiariam dari; sed contra, generaliter non dari: fortassis propter eminentiam dignitatis eorum: vel quia absurdum videtur, eis, qui sine satisdatione tutorem dare poterant, fraudi esse, quod singulari erga pupillum affectu ducti, quo certius ei cautum esset, si fidejussores exegerint. In his regionibus actioni subsidiariæ vix locus est; ut supra quoque monuimus; neque in Germania usum ejus esse testatur Tertul. *vol. 2. disp. 9. thes. 7.* in Gallia quoque desuetudine abrogata ex Bugnion. *lib. 1. de leg. abrog. satyr. 2.* refert Gothofr. *ad rubr. Cod. de Mag. conv.* quod miror a Barone adnotatum non esse. Plane si quid dolo malo in satisdatione exigenda Magistratus fecisse convincantur, puta quod scientes & prudentes fidejussorem minus idoneum admiserint; hoc casu etiamnum eos teneri, tradunt D. Tuld. *ad d. tit. C. n. 3.* & Perez *ibid. n. 4.* Christin. *vol. 3. dec. 181. num. 4. & 7.* Groenevv. *de leg. abrog. hic.* Atque ita judicatum referunt Bugn. *præd. l. Pap. lib. 10. tit. 4. art. 10.*

TITULUS VIGESIMUS QUINTUS.

DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM VEL CURATORUM.

D. Lib. 27. Tit. 1. C. Lib. 5. Tit. 26.

Ratio ordinis, & quædam προθεωρία

TRactationem de excusationibus & suspectis tutoribus in postremum hunc locum rejecit Justinianus, cum ageret de modis, quibus tutela finitur, §. *ult. sup. quib. mod. tut. fin.* Hoc tit. agit de excusationibus, sequenti & postremo de suspectis. Utrumque autem etiam hoc argumentum promiscuum est, atque ex æquo ad tutores & curatores pertinet. Excusare se nihil aliud est, quam justam causam apud Magistratum allegare ad obtinendam a tutela, sive delata, sive suscepta, immunitatem. Ajo, sive delata sive suscepta. Nam excusationum usus est & ante & post susceptam administrationem, ut ex sequentibus apparebit. Ajo, justam causam. Nisi excusatio justa atque ad eam rem constituta causa nitatur, non est audienda. Etenim tutela munus publicum est, cujus ea conditio, ut id, nisi justa causa asseratur, neque delatum detractari, neque susceptum deponi possit, *l. 3. §. 1. & 4. l. 6. de mun. & hon. l. 1.* & passim *de vac. mun. l. 1. de adm. tut.* Causæ excusationum variæ sunt; hic octodecim fere enumerantur, plures in *ff. & Cod. h. t.* Atque harum omnium quædam certæ sunt & legibus ita definitæ, ut simpliciter sint recipiendæ; cujusmodi sunt numerus liberorum, administratio fisci, absentia Reip. causa, &c. aliæ arbitrariæ: quæ, causa cognita, a Magistratu vel recipi, vel rejici possint; quales sunt verbi causa paupertas, adversa valetudo, imperitia litterarum.

TEXTUS.

De numero liberorum.

Excusantur autem tutores & curatores variis ex causis: plerumque tamen propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati. Si enim tres liberos superstites Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque; a tutela vel cura potest excusari, exemplo cæterorum munerum; nam & tutelam & curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt: in adoptionem autem dati naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris sui succedant: ex filia non prosunt. Filii autem superstites tantum ad tutelæ vel curæ muneris excusationem prosunt, defuncti autem non prosunt. Sed si in bello amissi sunt, quæsitum est, an prosint. Et constat, eos solos prodesse, qui in acie amittuntur. Hi enim, qui pro Republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

NOTÆ.

Propter liberos) Ex Mod. *l. 2. §. 2. & seq. ff. hoc tit. l. 1. Cod. qui nu. lib.* Vide fusius in Com. inf.

Publicum munus) *leg. 1. §. 4. l. ult. §. 1. ff. de mun. & hon. l. 9. de his qui sui vel alien. jur.* nempe ratione necessitatis; proprie enim Reip. munus non est, *l. 6. §. 15. hoc tit.* vide Comment.

Adoptivi liberi non prosunt) Olim proderant; quem morem reprehendit P. Scipio apud Gell. *5. cap. 19.*

Qui in acie amittuntur) *l. 18. h. t.* & ita cap. Mod. *in l. ult. de vac. mun. in bello amissi.* Gell. *2. cap. 15. aut in bello amisit*: non per causam belli in obsidione forte, sed in acie, in prælio: Salust. *In eo belli trecenti milites desiderati*. Vide Comm.

COMMENTARIUS.

PRopter liberos) Romani studium fuit, ad matrimonia omnibus modis invitare, quod publice interesse credebant justa sobole repleri civitatem; quam ob causam & pœnis cælibes, & maritos, quod liberos suscepissent, præmiis affecerunt: quod effectum maxime legibus Juliis de maritandis ordinibus, & lege Papia Poppæa, de quibus Cujac. *ad leg. 2. hoc tit.* Lipsius *in comm. ad 3. annal. ad verba Taciti, de moderanda Papia Poppæa*. Hotom. *in descriptione legum Rom.* Inter hæc præmia immunitas fuit a muneribus civibus, *leg. 1. pr. leg. 2. de vac. mun.* ac proinde etiam a tutela & cura, *l. 2. §. 5. hoc tit. l. 1. C. qui mon. lib.*

Sive emancipati) *l. 2. §. 3. hoc tit. l. 2. §. incolumes 5. de vac. mun.* quippe hæc immunitas non tam propter onus domesticum educationis liberorum conceditur, ut vulgo existimat, quam ut præmium & remuneratio τῆς παιδοποιίας. De jure trium liberorum vid. Duar. *1. disp. 40.* VINN. Et multo accuratiorem M. Vertran. Maurum *de jure liberorum*. HEIN.

Tres liberos Romæ, in Italia quatuor, &c.) *l. 1. Cod. qui n. lib. se exc.* Hinc apparet discrimen aliquod loci adhuc relictum fuisse inter Latinos, provinciales, cæterosque cives, qui urbem incolerent, etiam post constitutionem Antonini, *in l. in orbe 17. de stat. hom.* quamvis omnes ex ea constitutione effecti sint cives Romani, quod

quod & alibi observare licet, §. *per traditionem* 40. *inf. de rer. div.* & *inf. de usur. in pr.* itemque *in pr. quib. al. lic.* Quod autem de Roma hic dicitur, Schol. Th. transfert & ad novam Romam τὴν Κωνσταντινούπολιν, & Thraciam τὴν Θρᾴκην. VINN. Frustra hoc præmium parentum Vinnius refert ad reliquias diversorum jurium civitatis, Latii, & provinciarum. Hinc enim non ad diversos status hominum respicitur, sed ad locum, ubi quisque habitaret. Hinc civem in provinciis quinque; provincialem Romæ tres liberi excusabant. Simile privilegium pro diverso loco habitationis diversum est in *l. 2. C. Theod. de in integr. rest.* Hinc nec *princ. Inst. quib. al. lic.* huc pertinet. Alia enim est Italia, aliud *solum Italicum*. Illa Alpibus & utroque mari finitur: hoc, ubicumque coloniæ Italici juris occurrebant, erat. Vid. V. C. Schulting *Jurispr. Ant. p. 619.* HEIN.

Exemplo cæterorum munerum) Personalium nimirum: nam a patrimonialibus muneribus, quæ rerum & possessionum proprie onera sunt, numerus liberorum non excusat, *l. 2. §. 4. l. 10.* & *seq. de vac. mun.* neque ab honoribus, muneribusque his cohærentibus; *d. leg. 2. §. 1.* nisi major sit, videlicet sexdecim liberorum. *l. 5. §. 2. de jur. immo* aut minimum XII. *leg. si quis 24. C. de decur.* quo tamen loco pro XII. substituendum esse XVI. existimat Cujac.

Publicum munus) Tutela proprie non est munus publicum: neque enim rem publicam, sed privatam pupilli tutor tractat: nec Reip. peculiariter interest pupillis tutores dari, *l. 2. §. pen. in fin. ad munic.* sed per consequentias & improprie loquendo: quia ad curam publicam pertinet orbos ac pupillos tueri ac defendere, *l. 2. §. 2. qui pet. tut.* Hinc facile intelligitur, cur Modestinus neget, tutelam esse munus Reipubl. *l. 6. §. tutela 15. h. tit.* At quid si dicamus, ideo tutelam appellari munus publicum, quia cuivis e populo non secus ac cætera munera publice injungi potest.

Adoptivi liberi non prosunt) Quod & generaliter traditum est, *d. l. 2. §. de vac. mun.* Et ratio est, quia hæc beneficia patribus data sunt, qui numero civium Remp. auxerunt. Meminit Tacitus 15. *annal. cap.* 19. Senatusconsulti facti tempore Neronis, quo cautum erat, *ne liberi adoptivi ad præmia patrum prodessent.*

In adoptionem dati prosunt) Ex quo manifeste liquet quod paulo ante diximus, hanc immunitatem magis esse beneficium πολυπαιδίας, quam levamentum oneris domestici.

Nepote ex filio) Scilicet demortuo, *l. 2. §. non solum 7. h. tit.* nam ex filio emancipato nati, avo ideo non prosunt, quia ille ei prodest, & hi patri suo. Quod si plures sint ex uno filio nepotes, non singula capita constituunt, sed unum universi: patremque omnes simul repræsentant, *d. loc.* quod & in cæteris muneribus obtinet, *l. 3. C. de his num. lib.* 10.

Ex filia non prosunt) Non quia in avi materni potestate non sunt: nam nec emancipati, nec in adoptionem dati in potestate patris manent, quos tamen prodesse constat, sed quia duobus prodesse non debent: prosunt autem patri suo aut avo paterno, *l. 2. C. qui n. lib.*

Superstites) *l. 2. §. 4. h. t. l. 2. C. incolumes, 5. de vac. mun.* quippe hi soli & Reip. usui, & parentibus oneri sunt. Defuncti non prosunt, præterquam bello amissi, *d. tit.* Quod Ulp. *l. bello* 18. *h. t.* & Justin. *hic*, de iis accipi volunt, qui in acie seu in prælio ἐν τῇ συμπλοκῇ amissi sunt, propterea quod hi pro Repub. cecidisse intelligantur, & in perpetuum per gloriam vivere. Unde cum ex statuto secundogenitus in jure primogenituræ præferretur filio primogeniti præmortui: responsum est, hoc locum non habere, si in acie primogenitus occubuisset. Ayala *lib. 3. de jur. bell. c. 7. n. 21.* Qui vero per causam belli in obsidione, præsidiis, castris abripiuntur, huc non pertinent, *d. l. bello* 18. De his, qui pro patria mortem oppetunt, præclare M. Tullius *pro Planc. cap. 37.* & *Philip. 9. c. 2.* Liv. *lib. 25. c. 38.* Diod. Sic. *lib. 15.* ἀντὶ θνητοῦ σώματος ἀθάνατον μνῆμα καταλείπουσι. *in Lesbonact. hortat.*

TEXTUS.

De administratione rei fiscalis.

1. *Item D. Marcus in semestribus rescripsit, eum, qui res fisci administrat, a tutela & cura, quamdiu administrat, excusari posse.*

COMMENTARIUS.

IN *semestribus*) Crebra est semestrium D. Marci in libris nostris mentio. Auctor est Suetonius *in Aug. cap.* 35. Augustum semestria Senatorum aliquot consilia sibi instituisse cum quibus de negotiis ad frequentem Senatum referendis, ante tractaret. Dio *lib.* 53. scribit, ex reliquo numero Senatorum quindecim ad hoc sorte lectos esse εἰς ἑξάμηνον; quod exemplum Marcus secutus videretur. Vid. Pet. Fab. *in præfat. semestr.*

Res fisci) Vel etiam rem privatam Principis, *leg. administrantes 41. h. t.* Huc referuntur & exactores tributorum, *l. exactores 10. C. eod.* colonos patrimoniales, *leg. ult. Cod. qui dar. tut.* cæterosque, quibus Princeps curam alicujus rei injunxit. *l. geometræ 22. §. 1. l. jurisperitus 30. eod.*

TEXTUS.

De absentia Reipublicæ causa.

2. *Item qui Reipublicæ causa absunt, a tutela vel cura excusantur. Sed etsi fuerint tutores, vel curatores dati, deinde Reipub. causa abesse cœperint; a tutela vel cura excusantur, quatenus Reipub. causa absunt: & interea curator loco eorum datur, qui si reversi fuerint, recipiunt onus tutelæ: nam nec anni habent vacationem, ut Papinianus libro quinto responsorum scripsit: nam hoc spatium habent ad novas tutelas vocati.*

NOTÆ.

2. *Reip. causa absunt*) *l. 1. Cod. si tut. reip. caus. leg. 41. ff. hoc tit.* Quinam reipub. causa abesse dicantur, disce *ex leg. 32. leg. 35. l. 38. ff. ex quib. caus. maj.* Vide & Comment. infra.

Ad novas tutelas vocati) Qui cum Reipub. causa abessent, ad novas tutelas vocati sunt, reversi anni vacationem habent: sed munus ante susceptum statim resumi debet, *leg. 10. pr. pr.* & *§. 2. l. 45. ff. hoc tit. l. 2. C. si tut. reip. caus.*

COMMENTARIUS.

R*Eipub. causa absunt*) *dict. l. administrantes 41. §. 2. hoc tit.* Reipub. causa abesse dicuntur qui publici alicujus muneris vel officii causa, cui præsunt, ab urbe profecti sunt, ut ex Modestino, Paulo, & Ulp. discimus, *l. abesse 32. l. qui mittuntur 35. leg. si cui 38.*

ex

ex quib. cap. maj. maj. Horum duo sunt peculiaria: nam cum cæteri, qui propter solum officium aut Magistratum excusantur, susceptam tutelam deponere non possint, *§. seq.* eamque, a qua excusati erant, statim finito officio suscipere cogantur, *arg. §. præc. l. geometra 22. §. 1. & d. l. administrantes 41. h. t.* Utrumque contra est in iis, qui Reipub. causa absunt: nam a suscepta, quamdiu Reipub. causa absunt, excusantur; & si interim ad novam tutelam vocati fuerint, reversi anni habent vacationem, *hoc text. l. 10. eodem*. Ubi Modestinus sic scribit; οἱ χρείας δημοσίας δήμου Ῥωμαίων ἕνεκα, ἀποδημοῦντες ἐνιαυτῷ ἔχουσιν ἀτέλειαν κατὰ τὸ ἐπανελθεῖν. Erno absentes municipii causa non videntur hanc anni vacationem habuisse, contra quam sentit VVesemb.

T E X T U S.

De potestate.

3. *Et qui potestatem aliquam habent, se excusare possunt, ut D. Marcus rescripsit: sed susceptam tutelam deserere non possunt.*

COMMENTARIUS,

POtestatis vocabulum apud nostros aliquando large accipitur, ut iis etiam attribuatur, qui cum Magistratus non sint, notionem tamen aut jurisdictionem aliquam habent, ut in edicto *Quod quisque juris, &c. l. 1. §. 1.* Item in *l. 3. §. ult. de rec. arb. l. 3. in fin. ad leg. Jul. majest.* Sæpe item hæc vox significat publicam illam jubendi ac coercendi auctoritatem, quæ Magistratuum est, sed omnium communis: ut idem fit Magistratus, potestas, & imperium. Et hoc est quod Paulus scribit, *l. potestatis 215. de verb. sign.* potestatis vocabulo imperium in persona Magistratuum significari: ac proinde in hac significatione verum est, etiam minores Magistratus imperium potestatemque habuisse. Nonnumquam etiam κατ᾽ ἐξοχὴν soli Magistratus majores imperium & potestatem habere dicuntur: minores sine imperio & potestate esse, *l. nec magistratus 32. de injur. leg. 2. de in jus voc.* Atque in excellentiori hoc significatu verbum potestatis hic accipiendum esse, ex eo perspicuum est, quod Ædilitas a tutela non excusat, *l. non tantum 17. is qui 4. hoc tit.* Magistratus tamen civitatum, τὰς στρατηγίας τῶν πόλεων, remissionem a tutela habuisse aperte testatur Modestin. *l. 6. remittuntur 16. eod.* add. Cujac. *ad l. 4. in fin. eod.* Ant. Fab. 1. *jurispr. hoc tit. pr. 1. ill.* 3. Sed vix est, ut id hodie observetur, Bern. Autumn. *coll. jur. ad dict. l. 6. §. 16.* VINN. Quamvis magistratus municipales a tutela excusari posse tradat Modestinus *l. 6. §. 16. ff. de excus.* obstare tamen videntur *l. 3. ff. qui pet. tut. & leg. 23. pr. ff. de excus.* Ubi idem negari videmus: nisi Modestinum per τοὺς στρατηγοὺς duumviros; Paulum & Ulpianum reliquos minores magistratus municipales intelligere dicas. Sane & Romæ, cujus instituta fere imitabantur municipia, inter magistratus *majores & minores* distinguebatur, quoties de hoc privilegio erat quæstio *l. 17. §. 4. ff. hoc tit.* HEIN.

Susceptam deserre non possunt) Magistratibus, qui ante se miscuerunt administrationi, vacatio a tutelis non conceditur, *d. l. non tantum 17. §. fane 5.* in quo differunt ab iis, qui Reip. causa abesse coguntur; ut paulo ante dictum.

T E X T U S.

De lite cum pupillo vel adulto.

4. *Item propter litem, quam cum pupillo, vel adulto tutor vel curator habet; excusari non potest, nisi forte de omnibus bonis, vel hæreditate controversia sit.*

N O T Æ.

4. *Nisi forte de omnibus bonis*) Aut maxima eorum parte, *l. 20. l. 21. eod.* quo casu etiam utile pupillo nolentem se excusare a tutela removeri, *dict. leg. 20.* Vid. in *Comment.*

COMMENTARIUS.

JUlla causa excusationis non est, quod litem aliquam cum pupillo tutor habeat: sed si judicio agendum sit, quia tutor in rem suam auctor fieri non potest, curator interim ad hoc pupillo datur, qui judicio peracto curator esse desinit, *§. ultim. de auct. tut.* At si de omnibus bonis, pluriumve eorum parte, aut de hæreditate lis sit, æquum est excusationem tutoris recipi, *leg. si pupillum 20. & leg. seq. hoc titul.* Immo utile pupillo, etiam nolente se excusare a tutela removeri, *dict. leg. si pupillum.* Non tamen in quavis disceptatione hæreditatis simpliciter & sine cognitione causæ recepta fuisse videtur tutoris excusatio, *art. l. si ut allegas 16. Cod. eod.* Hodie tota hæc quæstio inutilis: nam *Novella Justiniani constitutione 72. cap. 1.* vetatur quilibet creditor aut debitor pupilli tutor ejus esse. Dixi supra ad *dict. §. ultim. ad auct. tut.*

T E X T U S.

De tribus tutelæ & curæ oneribus.

5. *Item tria onera tutelæ non affectata, vel curæ, præstant vacationem, quamdiu administrantur; ut tamen plurium pupillorum tutela, vel cura eorum bonorum, veluti fratrum, pro una computetur.*

COMMENTARIUS.

NEmo ita onerandus est alienis negotiis, ut sua ipsius negligere cogatur: adeoque & pupillorum interest, tutorem non nimis multis negotiis implicari. Quamobrem placuit tria onera tutelarum, vel tria onera curationum, vel tria onera permistarum tutelarum & curationum, quartæ tutelæ curationisve excusationem præbere, *leg. 2. §. ultim. & leg. seq. hoc tit. leg. un. Cod. qui num. tut.* Sufficere item visum est, tria ejusmodi onera esse in una domo: hoc est, unam familiam tria onera tutelarum aut curationum sustinere: ac proinde & tutelarum numerum, quas pater gerit, filio; & quas filius gerit, patri, & quas frater, fratri, qui in ejusdem patris potestate est, ad excusationem prodesse, *l. 4. §. ult. eod.* modo tutelæ, quas filii administrant, spectent ad periculum patris, *l. 5. eodem*.

Non affectata) Tutelæ affectatæ in numerum tutelarum non cedunt, *leg. spadonum 15. §. est autem 15. eod. dict. l. un. Cod. qui num. tut.* Itaque sive quis lucrum captans ultro se tutelæ obtulit, sive tenuem τιμαχάρα suscepit, ut numerum trium expleret, a quarta non excu-

excusabitur, *d. §. est autem* sic enim verba Modestini, ὁ μητρὸς ταπεινῆς ἐπίτροπος, interpretor, μητρὸς scilicet ἀφανοῦς ἢ οὐσίας ut non tutor pauper, quemadmodum Haloander vertit, sed pauperis tutor iis verbis significetur, quam interpretationem & Throphilus juvat: nam Cortius verba Theophili, ἐπιτροπὴν ἀπλουστάτην, perperam interpretatus est, tutelam opulentam, cum tenuissimam vertere debuerit; quod mirum est D. Gothofredum non animadvertisse.

Quamdiu administrantur) Id enim maxime consideratur in tantum, ut, si aut priorum pupillorum ætas prope pubertatem sit, aut eorum, quorum ad tutelam nunc primum tutor vocatur, excusatio non detur, *leg. non tantum* 17. *hoc tit.* Hinc quoque est, quod in numerum tutelarum non placet cedere, si quis sit fidejussor tutoris, vel si Magistratus municipalis tutorem dedit, licet periculum eos spectet, & Magistratus in subsidium conveniri possit. Sed nec honorarius tutor periculum in numerum tutelarum imputat, *leg. spadonem* 15. *§. si civitatis* 9. *eod.* ad quem tamen quasi pars quædam administrationis pertinet: tenetur enim actus gerentis sollicite observare, eumque si male versetur, suspectum facere, *leg.* 3. *§.* 2. *adm. tut.* Enimvero tutor, qui cessat in administratione tutelæ, eam ratione periculi in numerum trium computat, *leg. si quis* 31. *in fin. hoc tit. leg. si quis* 60. *de rit. nupt.* nimirum quia qui cessat, principaliter tenetur, & suo nomine, perinde ac si gessisset.

Pro una computetur) Tria onera non ex numero pupillorum aut adolescentum computantur, sed ex diversitate patrimoniorum, rationumque & conficiendarum & reddendarum difficultate: nam si tres sint fratres tres consortes, hoc est, qui individuum patrimonium habent, pro una tutela est: si tres dissortes, tres sunt tutelæ, *l.* 3. *dict. l. si is quis* 31. *§. ult. hoc tit.* Idemque est & in aliis sive cognatis sive extraneis consortibus aut dissortibus, *d. §. ult.* Sed & contra aliquando unius pupilli tutela ob eamdem causam ad excusationem sufficere debet: si nimirum tam diffusa, negotiosa, & molesta sit, ut pro pluribus cedat, *d. §. ultim.* cujus rei disquisitio fere est in arbitrio Prætoris tutelaris; ut ex eodem loco intelligitur, & hic notat Bachov. add. Cujac. ad *d. l.* 3. *eod.*

T E X T U S.

De paupertate.

6. Sed & propter paupertatem excusationem tribuit, tam Divi Fratres, quam per se Divus Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri injuncto possit docere.

C O M M E N T A R I U S.

DEsumptus hic locus est *leg.* 8. *& leg. post susceptam* 40. *§.* 1. *hoc tit.* Est autem hæc excusatio ex iis quoque, quarum receptio aut repudiatio pendet a Magistratu, cujus de ea re cognitio est. Nam qui hac excusatione utitur, docere debet, se imparem esse oneri injuncto, hoc est, tam tenuis & nullius fortunæ, ut vix sibi quærere possit vitæ necessaria; quod judicem æstimare oportet. Mynsf. Schneid. VVesemb. *hic*.

T E X T U S.

De adversa valetudine.

7. Item propter adversam valetudinem, propter quam nec suis quidem negotiis interesse potest, excusatio locum habet.

C O M M E N T A R I U S.

ET hæc causa ex earum genere est, quæ cognitionem Magistratus desiderant: neque enim quæcumque valetudo excusat, sed ea quæ impedimento est, quominus quis suis rebus superesse possit, *l.* 10. *in fin. l. pen. §. ult. hoc tit. leg. un C. qui merb.*

T E X T U S.

De imperitia litterarum.

8. Similiter eos, qui litteras nesciunt esse excusandos, Divus Pius rescripsit: quamvis & imperiti litterarum possint ad administrationem negotiorum sufficere.

C O M M E N T A R I U S.

LIteras pro παιδεία aut humanitate sæpe accipi notum est. Proprie tamen litteræ elementa significant; *l.* 11. *§.* 3. *de instit. act. l.* 6. *§. ult. de bon. poss. l.* 1. *§. sed cæterorum* 7. *de var. & ext. cogn.* Cic. pro *Syllac.* 16. *Litteræ posteritatis causa repertæ sunt.* Hinc nescire litteras dicuntur qui ne elementarii quidem sunt, hoc est, qui nec legere nec scribere didicerunt, *l.* 4. *&* 2. *de accus. l. hac consultissima* 21. 3. *nostram* 30. *C. de test.* ut e contrario scire litteras, qui scribere sciunt, *l. pater* 93. *§.* 1. *de acq. hær. l. discretis* 10. *C. qui test. fac.* Sueton. *in Claud. cap.* 10. Idque ex usu etiam aliorum auctorum, ut multis docet Duar. 1. *disp.* 3. & vel unum illud Neronis apophthegma ostendit, *Velim nescire litteras*: de quo Senec. 2. *de Clem. c.* 1. Eamdemque loquendi formam etiam Græcis familiarem fuisse, argumento est vetus illud proverbium, quo Plato usus est 3. *de legib.* μήτε νεῖν μήτε γράμματα εἰδέναι. Nec dubito, quin Just. *hic* & Paul. *l.* 6. *§. ult. eod.* eodem modo hac locutione utantur, ut nescire litteras iis sit, neque legere scire, neque pingere; & imperitum litterarum Justiniano ἀγράμματος, Modestino in *d. §.* idem quod ἀναλφάβητος. Nam nescire se studiis litterarum imbutum non esse, & ἀπαίδευτον hic causari, sane quam ineptum est.

Quamvis & imperiti litterarum) Axioma discretum est, quamvis imperiti litterarum non sint negotiorum expertes, tamen a tutela sunt excusandi. Cui per connexum contradicere videtur Paul. *d. l.* 6. *§. ult.* Si imperiti litterarum non sint negotiorum expertes, a tutela non sunt excusandi. Sunt qui particulam *quamvis* hoc loco notam esse volunt exceptionis, contra perpetuum & certum Latini sermonis usum. Alii nescire litteras, Paulo esse, non didicisse humaniores litteras, in studiis litterarum non esse versatum, quasi litterarum, hoc est politoris humanitatis expertes ad tutelam administrandam minus idonei videri debeant. Fabulæ. Puto etiam litterarum ignorantiam ad classem earum excusationum referendam esse, quæ arbitrio Magistratus nunc admittuntur, nunc rejiciuntur. Itaque quod Just. ait, imperitos litterarum esse excusandos; non ita accipiâ

cipi velim, quasi simpliciter & semper excusari debeant, sed causa cognita, si forte tutela diffusior atque negotiosior, ut propter rationum conficiendarum difficultatem ab imperito litterarum commode administrari non possit, quamvis is ad res alias gerendas sit idoneus: nam ut memoriæ omnia credat, ab eo exigi non oportet; nec satis tutum, vicaria aliorum opera in commentariis, & ephemeridibus conscribendis uti. Quod si tutela non sit magni patrimonii ἀτιμή; aut alias satis expedita, cui gerendæ sufficiat quivis non hebeti ingenio, neque expers negotiorum; nulla ratio est, cur quis ob solam imperitiam litterarum ab ea excusetur. Atque ita Paulum tempera in *d. l. 6. §. ult.*

T E X T U S.

De inimicitia Patris.

9. *Item si propter inimicitias aliquem testamento tutorem pater dederit; hoc ipsum præstat ei excusationem: sicut per contrarium non excusantur, qui se tutelam administraturos patri pupillorum promiserant.*

C O M M E N T A R I U S.

Propter inimicitias) Quod molestiam exhibeat inimico, ἵνα ἐπιβληθῇ ἐνοχῇ καὶ πράγμασι; *ut subjiciatur litibus & negotiis*, *d. l. 6. §.* δεῖ, *17.* Nam si testator bona mente eum tutorem dedit, cui inimicus antea, infensusque fuit; hoc ipso videtur facta gratiæ reconciliatio. Dicam plura *infr. §. 11.*

Non excusantur) Qui patri pupillorum tutorem se futurum promisit, nulla excusatione gaudet, quamvis alias excusare se jure possit, quasi excusationibus renuntiasse videatur, qui ita fidem suam obligavit, *leg. spadonem 15. §. 1. h. t. l. ex sententia 29. de test. tut.* VINN. Sunt, qui inde novum fingunt tutelæ pactitiæ genus. Sed frustra. Ejusmodi enim tutor vere est testamentarius, quamvis promissio occasionem patri dederit, hunc tutorem dandi, & ita etiam intelligenda l. 29. *fin. ff. de test. tut.* In Germania tamen & illustria & privata extant tutelæ pactitiæ exempla, de quibus B. Strikius *in usufr. lib. 26. l. 26. tit. 1. §. 14.* & collega conjunctissimus olim Petr. a Ludevvig. in *Diss. jur. Rom. & Germ. in tutel. differt. 4.* HEIN.

T E X T U S.

De ignorantia Testatoris.

1. *Non esse autem admittendam excusationem ejus, qui hoc solo utitur, quod ignotus patri pupillorum sit, Divi Fratres rescripserunt.*

C O M M E N T A R I U S.

Ignotus patri) *d. l. spadonem 15. §. qui dixerit 12.* excipiunt DD. post Glossam hic, nisi quis dicat, se ibi domicilium non habere, ubi ad tutelam vocatus est, *l. ult. §. ult. eod.* Sed hoc genus est excusationis omnium commune.

Divi Fratres) Marcus Antoninus Philosophus, & Ælius Verus, T. Antonini Pii filii, Hadriani nepotes, qui primi duo Augusti appellati, & fastis consularibus sic inscripti sunt; auctore Spartiano in Ælio Vero *cap. 1.* appellantur & fratres Imperatores, *l. fratres 33. de pæn. l. si adulterium 38. 2. fratres 5. ad leg. Jul. de adult.* vid. Ant. August. *lib. sign. de excus. ad §.* ἔτι ἀπολύεται *19. l. 6. hic tit.* & Cujac. ibid. Obiter addo, Divos a Jureconsultis appellari Imperatores, quia post obitum in Deos relati erant ea ἀποθεώσεως solemnitate, quam scribit Herodian. *lib. 3.* postquam & templa iis constitui, ac sacerdotes & sodales creari, & ludi fieri, omnesque divini honores decerni solebant; ut ex Tacito, Tranquillo, Spartiano, Capitolino, aliisque id genus Auctoribus discimus.

T E X T U S.

De inimicitiis cum patre pupilli vel adulti.

15. *Inimicitiæ, quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, si capitales fuerint, nec reconciliatio intervenerit, a tutela vel cura solent excusare.*

N O T Æ.

11. Cum patre pupillorum) *d. l. 6. §. 17.* Paul. 2. *sent.* 27. Idem est si cum pupillis vel adultis, *l. 3. §. 12. ff. de sup. tut.* ubi Ulp. ait, etiam ob hanc causam removeri.

C O M M E N T A R I U S.

1. *An homini Christiano conveniat ad excusationem tutelæ obtendere inimicitias?*

Nunc de inimicitiis paulo pluribus & distinctius agamus. Ait, *inimicitias capitales, quas qui cum patre pupillorum exercuit, nisi intervenerit reconciliatio*, solere excusare. Inimicitias capitales intelligo quascumque graviores, quæ vel vitam, vel libertatem, vel existimationem petunt, *arg. l. licet capitalis 103. de verb. sign.* (1) Sunt qui existimant, hujusmodi excusationem, minus convenire homini Christiano, neque enim recte videri tutorem dicturum, non debere se cogi bene facere homini inimico & de se male merito, aut liberis ejus; quæ sententia ethnicis fortassis conveniat, aut veteribus illis, quorum meminit Christus *Matth. cap. 5.* qui legem Domini sic accipiebant, *Diliges proximum tuum, & odio habebis inimicum tuum.* Christianis & piis non convenit. Et sane ita est, nisi ratio afferatur, cur inimicitiæ excusare debeant, qualis hic occurrit; videlicet, ut liceat sinistram suspicionem hoc obtentu vitare, & antevenire remotionem. Ait, *cum patre pupillorum.* Idem est si pupillis ipsis vel adultis inimicus sit, *l. 3. §. si tutor, 12. de susp. tit.* Ait, *nec reconciliatio intervenerit.* Reconciliatio aut aperte intervenit, ut si post ortas inimicitias in gratiam redierint, aut tacite, si eum, cui pater juste infensus antea erat, postea testamento suo tutorem scripserit; nam si hoc bono animo fecerit, non ut litibus eum implicaret, injuriam ei hoc ipso remisisse videtur, *leg. 6. §. dat. remissionem 17. hoc tit.* Plane si ipse pater causam inimicitiis dedit: puta quod eum, quem tutorem dedit, aliquando capitis accusaverit, aut insigni contumelia affecerit, ad excludendam excusationem necessaria est aperta reconciliatio, *arg. §. seq.* Nam illius est remittere injuriam, cui illata est. Ait, *solent excusare*; & merito; nisi enim hujusmodi tutores & curatores ultro se excusant, inviti removentur, *d. leg. 5. §. si tutor, 12. de susp. tut.*

TEX-

TEXTUS.

De status controversia a Patre pupilli illata.

12. *Item is, qui status controversiam a pupillorum patre passus est, excusatur a tutela.*

COMMENTARIUS.

SI tutor status controversiam a patre pupilli passus sit, id est, si eum pater in servitutem petierit, hoc par interdum, ac si capitis accusasset, *l. 14. ff. de bon. lib.* & hic tutor omnimodo excusandus, etiamsi pater eum postea testamento tutorem dederit, ut jam diximus. Is etiam excusatur a tutela, qui talem controversiam movet pupillo serio & bono fine, non dedita opera ne tutelam subeat, & calumniæ causa, quod ex rescripto Marci & Veri (ita legendum esse textus Græcus ostendit) proponitur in *l. 6. §. amplius 18. hoc t.* VINN. Sed non solum ad statum libertatis restringendus videtur hic §. verum etiam si quis alterum civem, vel filiumfamilias negasset, huic tutela liberorum actoris obtrudi haud potuisse videtur. HEIN.

TEXTUS.

De ætate.

13. *Ita major septuaginta annis a tutela & cura se potest excusare. Minores autem vigintiquinque annis olim quidem excusabantur: nostra autem constitutione prohibentur ad tutelam, vel curam adspirare: adeo ut nec excusatione opus sit. Qua constitutione caveatur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus, cum sit incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, & ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam subire.*

COMMENTARIUS.

1. *Duplex Triboniani error in explicatione juris veteris animadversus.*

SEnes æque ac Magistratus veteres reveriti sunt, *l. 5. de jure immun.* quæ reverentia consistebat in assurgendo, in loco dando, ac cedendo, domum deducendo, ac reducendo. Juvenalis *satyr. 13. vers. 54.*

Credebant hoc grande nefas & morte piandum,
Si juvenis vetulo non assurrexerit.

add. Valer. *l. 2. c. 1.* Cic. *1. off. cap. 34.* Gell. *lib. 2. c. 15.* Fuit etiam venerabilis senectus excusatione honorum & vacatione munerum personalium. Ab honoribus excusabant anni 60. in urbe. Senec. *de brev. vit. cap. 20. Lex a quinquagesimo anno militem non cogit; a sexagesimo senatorem non citat.* Idem tamen 2. *Controv. 65.* annos exigit. A decurionatu excusabant anni 55. *l. non tantum 11. de cur.* a tutelis cæterisque muneribus personalibus anni 70. *leg. 3. de jur. immun. leg. 2. hoc tit. leg. un. Cod. qui ætat.* In *l. ult. Cod. qui ætat. vel profess. l. 10.* pro 55. legendum 70. ut contextus ostendit & monet Cujac. Cæterum hæc ita procedebant, nisi aliter consuetudo vel lex municipalis definiret, *d. l. non tantum 11. l. 2. de vac. mun.*

Major septuaginta annis) In immunitatibus cœptus annus pro completo non habetur; quamobrem ad vacationem tutelæ non sufficit ingressum esse, aut agere annum septuagesimum, sed egressum esse oportet, *l. 2. hoc tit. l. 3. de jur. immun.*

Minores olim quidem excusabantur) Hic locus & constitutio Justiniani *in l. ult. C. de leg. tut.* multis imposuit. Constat, minorem 25. annis testamento tutorem recte dari: sed ita durum perinde haberi, ac si sub conditione aut ex die datus esset, cum major 25. annis factus fuerit: ut interim nec tutelam administret, nec ullo effectu pro tutore habeatur, *§. 2. sup. qui test. tut. leg. quæro 32. in fin. de test. tut.* sed alius tutor, aut curator interim a Magistratu datur, qui tutor, aut curator esse desinit, existente conditione, hoc est, post legitimam tutoris testamento dati ætatem, *l. 10. §. pen. h. t. §. 1. sup. de Attil. tut.* Legitimos tutores nemo dat, sed lex eos facit tutores, *l. 5. de leg. tut.* Atque uti quisque proximus est agnatus; ita ipso jure ex lege tutor est: quamvis potestas administrandi demum post perfectam ætatem ei deferatur, *leg. 16. §. 1. de tut. l. 4. l. 8. de leg. tut.* Quare si agnatus pupilli proximus minor erit 25. annis, jure agnationis & successionis ex lege tutor est: sed quia jus administrandæ tutelæ ante justam ætatem non habet: curator interim ad hoc a Magistratu dabitur, *§. ult. sup. de curat. d. l. 10. §. pen.* Qui locus simul confirmat quod dixi, eum ipso jure pro tutore esse: alioqui non a Magistratu alius interim daretur, sed insequentis gradus agnati protinus in tutelæ administratione succederent, *arg. leg. 3. §. pen. d. l. tut.* Revide quæ scripsi ad *§. ult. sup. de cap. dem.* A Magistratu tutor sub conditione aut ex die dari non potuit, *l. 6. §. 1. de tut.* Ergo nec minor 25. annis, quippe cui dationi inest dies aut conditio, cum major erit, *§. 2. sup. qui test. tut. l. 10. §. pen. & ult. de test. tut.* Quapropter si tota datio non consistit, nec ἐν τῷ νῦν: pro tutore ullo effectu habebitur, ac ne quidem post ἀκμὴν tutor erit: ideoque consulto de testamentario & legitimo dumtaxat Modestinum *d. l. 10. §. pen. de excus.* locutum esse existimandum est. Nunc videamus, quid hic novi constituerit Justinianus. Ait minores 25. annis olim quidem excusatos fuisse: se autem de constitutione sua cavisse, ne omnino minor aut detur tutor, aut ad legitimam tutelam vocetur, *d. leg. ult. C. de leg. tut.* De legitimis & dativis loquitur constitutio: liberam patris voluntatem testamento de tutela caventis non coarctat. In ea autem constitutione atque hoc loco duplex Triboniani error in explicatione juris veteris animadvertitur. Unus est, quod putaverit jure veteri periculo minoris, cui legitima tutela delata erat, curatorem interim datum tutelam administrasse, ut paret ex ratione, quæ affertur in pr. constitutionis; alter quod minorem a Magistratu tutorem dari posse crediderit, sed excusandum fuisse; quasi vel omissa excusatione ipse minor tutelam gerere potuerit, aut alius simul a Magistratu dandus fuerit, qui interim periculo minoris gereret. Quæ omnia tam absurda & a ratione juris veteris aliena sunt, ut mirum sit, Cujacium, Hotom. Wesemb. ipsumque adeo custodem Triboniani Ant. Fabrum hic dormitasse. Quod si quid novi hic constitutum videri possit; erit illud unum, quod Bachovius existimat: ut jam non amplius agnato proximo, si minor sit, tutela legitima ullo modo deferatur; sed ea ætate insuper habita, sola ex agnatis proximis tutores fiant, qui sunt perfectæ ætatis; at si proximi omnes minores sint, ut sequentes vocentur;

quos

quos olim exclusos fuisse, ac ne curante quidem ἀφῆλικα proximi ad administrationem tutelæ admissos jam ostendimus. VINN. Ego vero ausim Justinianum tam supinæ ignorantiæ arguere. Certissimum est, veteres non solum minores, sed & impuberes admisisse non solum ad tutelam testamentariam, verum etiam legitimam. Clarissime id liquet ex Ulpian. *tit.* 11. §. 20. & 22. quamvis interea dum adolescerent, Prætor alium tutorem daret, nisi se excusaret. Impuberem a Magistratu dari non potuisse facile concesserim, at de minore vix dubito, quum sumpta toga virili puberes ad officia virilia admitti solerent. Postquam vero hæc mutavit Justinianus, leges antiquiores Tribunianus juri novo more suo accommodavit, veluti *l.* 16. §. 1. *ff. de ff. de tut. l.* 4. *l.* 8. *ff. de l. tut. l.* 1. *ff. de fidejuss. & nomin.* idque & Cujac. *ad tit. Inst. de fideic.* & V. C. Ant. Schulting. *Jurisp. Antejust. p.* 601. fatentur. Aliis argumentis Tribonianum contra Vinnium defendit B. Huber. *Digress.* 1. 3. *cap.* 24. HEIN.

Nec pupillus) Si verum est quod diximus, agnatum proximum quamdiu minor est, tutelam gerere non posse, inepte atque inutiliter videtur quæri, an pupillus ad legitimam tutelam pupilli sit vocandus. Nam & si fingamus, alterum infantem esse, alterum pubertati proximum, exiguum tamen tempus superfuturum est administrationi. Et in *l.* 10. §. *pen. hoc tit.* non de impubere quæritur, sed de adolescente, sive minore 25. annis; nam ἀφῆλιξ, qui a ἀφῆλιξ. Græcis non est ἄνηβος, sed νέος hoc est, Adolescens, τὴν μὲν ἥβην ὑπερβὰς, ἐλάττω δὲ οἶον εἴκοσι πέντε ἐνιαυτῶν, ut passim apud Teophil. & Harmenop.

Quum incivile sit.) Hæc ratio nihil aliud efficere videtur, quam ut ne minori tutelæ administratio permittatur. Atqui nec jure veteri ea minori permissa fuit. Sed ut dixi, falso credidit Justinianus, periculo minoris interim tutelam ab alio administrari solitam: nam ideo se jus vetus mutasse scribit, ut cuique immineat pro sua tantummodo administratione periculum, ne alieno onore alius prægravetur. Itaque tutelam vel curam subire hoc loco dixisse existimari potest, pro eo, nempe periculum tutelæ ab alio administrandæ, sustinere.

T E X T U S.

De Militia.

14. *Idem & in milite observandum est ut nec volens ad tutelæ onus admittatur.*

C O M M E N T A R I U S.

Milites armatæ militiæ ad instar minorum, nec volentes quidem ad tutelam aut curam gerendam admittuntur, *l.* 4. *C. qui dar. tut. l.* 8. *C. de leg.* ne videlicet propter privata negotia a numeris & signis avocentur: quam ob causam nec procuratores esse possunt, *l.* 8. §. 2. *de procur.* nec aliena prædia conducere, *l. milites* 31. *C. de loc. & cond.* Quatenus veterani, hoc est, qui militia honeste dimissi & sacramento soluti sunt, vacationem tutelarum habeant, copiose disputatur *l.* 8. §. 2. *seq. h. t.*

T E X T U S.

De Grammaticis, Rhetoribus, & Medicis.

15. *Item Romæ Grammatici, Rhetores, & Medici, & qui in patria sua has artes exercent, & intra numerum sunt, a tutela & cura habent vacationem.*

C O M M E N T A R I U S.

Studiorum liberalium professores; Grammatici, Sophistæ, Rhetores, qui publicæ juventuti prosunt: item Medici, quemadmodum a reliquis muneribus, ita & a tutela & cura vacationem habent, *l.* 6. §. 1. *h. tit.* & *tit. C. de profess. & med. lib.* 10. Habent & Philosophi *d. l.* 6. §. 5. Musicos, quamvis eorum ars ingenua sit & liberalis, non habere tradit Cujac. *in d. l.* §. 1. allegans *l.* 4. *C. de excus. mun. lib.* 10. quo loco pro *Hydraulæ* videtur legisse *Musici*. Nec poetæ habent, *l.* 3. *C. profess. & med.* licet divini spiritus mereantur. Legum quoque Doctores non habent, exceptis iis, qui Romæ docent, *d. l.* 6. §. *legum* 12. Cæterum ex Constitutione Constantini omnes habent, *l.* 6. *C. de profess. & med.*

Qui in patria sua) Professores & Medici ita demum hac immunitate gaudent, si in patria sua doceant, aut medeantur, non in aliena. Est autem duplex patria; una propria, sive originalis: altera communis, quæ est Roma, *l. Roma* 33. *de municip.* Quamobrem qui Romæ docent, etiamsi Romani non sint, immunitatem habent, *leg.* 9. *de vac. mun.* sive salariati sint, sive non sint, *leg.* 6. §. *Rom.* 11. *hoc tit.* Atque hæc ex tribus una est conditio ad obtinendam immunitatem necessaria *dict. l.* 6. §. *amplius* 9.

Intra numerum sunt) Conditio altera, non aliter enim hac immunitate fruuntur magistri studiorum, quam si probati decreto ordinis & numero constituto adscripti sint, *d. l.* 6. §. 4. *l.* 5. 7. & 8. *C. de profess.* Certus enim numerus eorum, qui vacationem haberent, in unaquaque civitate lege definitus erat, *d. l.* 6. §. 2. Præterquam philosophorum, ὅτι σπάνιοι εἰσιν οἱ φιλοσοφοῦντες, *d. l.* 6. §. *de philosophis*, quem numerum excedere non licebat, *d. l.* 6. §. 3. nisi quis propter excellentiam præstantiamque doctrinæ, ὁ ἄγαν ἐπιστήμων immunitate supra numerum donaretur, *d. l.* 6. §. *valde* 10. Est & tertia conditio hic omissa, ut bene & sedulo suo munere fungantur, seque adolescentibus utiles præbeant: alioqui denuo ab ordine reprobari possunt, *d. l.* 9. §. 6. *l.* 2. *l.* 8. *C. de profess. l.* 11. §. 3. *de mun. & hon.* Colligunt hinc DD. studiosos, qui graviter litteris non incumbunt, etiamsi in catalogum relati sint, privilegiis scholarum gaudere non oportere; cessante scilicet ratione inductiva privilegiorum, secundum Aldobrand. *n.* 19. Schneid. *n.* 6. *hic*, quamquam vix est, ut hoc obtineat: consule Wamef. *cent.* 1. *consl.* 40. Christin. *vol.* 5. *dec.* 36. & 49. *n.* 14. & *seqq.* Add. Groeney. *de leg. abrogat. ad l.* 6. *Pand. hoc tit.* ubi & de usu hodierno.

T E X T U S.

De tempore & modo proponendi excusationes.

16. *Qui autem se vult excusare, si plures habeat excusationes, & de quibusdam non probaverit; aliis uti intra tempora constituta non prohibetur. Qui autem excusare se volunt, non appellant; sed intra quinquaginta dies continuos, ex quo cognoverint se tutores vel curatores datos, se excusare debent, cujuscumque generis sint, id est qualitercumque dati fuerint tutores, si intra centesimum lapidem sint ab eo loco, ubi tutores dati sunt. Si vero ultra centesimum lapidem habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum, & amplius triginta dierum: qui tamen, ut Scevola dicebat, si debent computari, ne minus sint quam quinquaginta dies.*

NOTÆ.

6. *Qualitercumque dati*) sive Magistratu, sive testamento, sive lege: nam & legitimos tutores se excusare posse constat, *l. 3. §. ff. de leg. tut. l. 1. C. eod. l. 9. C. qui dari tut.* & prius dixerat, cujuscumque generis.

COMMENTARIUS.

1. *Utrum post constitutionem D. Marci adhuc immediate a dilatione tutelæ appellari potuerit?*
2. *Ex quo tempore 50. dies, excusationi allegandæ constituti, currere incipiant?*
3. *An causa excusationis per procuratorem agi possit?*
4. *Etiam tutores legitimos excusari.*
5. *Præponendæ & disceptandæ excusationis quæ forma apud nos observetur?*

ALiis uti non prohibetur) Ex Marciano *l. propter litem 31. §. 1. eodem.* Est enim excusatio species quædam exceptionis; nemo autem prohibetur pluribus exceptionibus uti, *l. 8. de exc. l. nemo 43. de reg. jur.*) Sed an qui plures excusationes habet, eas omnes simul proponère & contestari debeat; quæritur, & putat Gloss. hoc necesse non esse. Sed verius est, omnes initio contestari oportere, ne alioqui tutor negotii trahendi causas novas postea excogitet: & est textus in *l. scire oportet, 13. §. scire autem 8. hoc t.* Omnibus autem propositis, vel unam probare sufficit ad victoriam.

(1) *Non appellant*) Hoc enim Div. Marcus effecit. Nam cum antea non minus a delatione tutelæ quam alterius muneris appellaretur, Marcus Antoninus tutelam a cæteris muneribus ita secrevit, ut tutor datus non amplius recta a datione provocaret; sed si quas se habere putaret justas excusationis causas, eas intra præstituta tempora proponeret, quas si judex rejecisset, tum demum licentiam appellandi haberet: qui vero ad alia munera vocarentur, illi non aliter quam olim, hoc est, quam appellatione interposita, allegare possint causas immunitatis suæ, *l. 1. §. 1. & 2. quand. appell.* Igitur si qui sunt loci, in quibus tutores dati provocasse proponuntur, ut in *l. 4. hoc tit. l. tutores 39. §. tut. 6. de adm. tut. l. 2. & pen. de tut. & cur. dat. l. 17. §. 1. de appell.* illi non sic accipiendi sunt, quasi ab ipsa creatione ἀμέσως appellassent, sed a rejectione excusationis intra præstitutum tempus allegatæ. Neque obstat quod Modestinus scribit in *leg. 16. hoc tit.* tutores etiam citra appellationem se excusare posse: aut quod idem Modest. ait *leg. 13. eod.* & Impp. *leg. tutores 18. Cod. eod.* tutores datos non necesse habere appellationem interponere, quasi, si velint, adhuc provocare possint. Nam hujusmodi collectiones ut semper necessariæ non sunt, ita hæc minime hoc loco admittenda. Tutores necesse non habent appellare; ergo, si velint, possunt. Necesse enim non habent, ut olim ante constitutionem Divi Marci: nunc ne possunt quidem, & frustra ante propositam & repulsam excusationis causam appellant, *d. leg. 1. §. 1. quand. app.* Qui locus tam clarus est, distinguens hac in parte tutelam ab aliis muneribus publicis, ad quæ vocatus contra privilegium illico appellat, ut ex eo alii loci omnes sint declarandi. Atque hoc jure utimur, Div. Tulden. *hic c. 11. & ad tit. Cod. eod.* Christin. *vol. 3. decis. cap. 171. n. 12.* Perez. *in Cod. hoc tit. num. 16.* Grot. *1. manuduct. cap. 7.* Est vero hoc argumentum, nihil hic tutorum causa constitutum esse. Convenientius fortasse visum est atque æquius, ut qui tutorem dedissent, ipsi prius de causa excusationis summatim cognoscerent, eamque vel acciperent, vel repudiarent; cum nihil eorum intersit, tutor ne ille sit, an alius, quam ut statim quasi rejecta causa excusationis, quam numquam audiverunt, superior provocaretur. In tutoribus testamentariis & legitimis etiam hoc absurdum videtur. At in delatione alius muneris; puta si ab ordine aut duumviris aliquis decurio aut Scriba nominatus sit, quia eorum qui nominaverunt, interest nominatum munus delatum suscipere; ipsi quodammodo pars sunt, & in sua causa judices constituerentur, si excusationes apud eos allegandæ & probandæ forent; quod hic notat Jo: Fab.

(2) *Intra quinquaginta dies continuos*) Proponendæ & contestandæ excusationi 50. dies continui constituti sunt, *l. 13. §. 1. & seq. hoc tit.* peragendo negotia continui quatuor menses, *l. quinquaginta 38. eod.* Dicuntur dies continui, qui continuo, id est, συνεχῶς continenter & sine interruptione nullisque exemptis currunt; ad discrimen utilium, e quibus subducuntur omnes, de quibus experiundi juris sui potestas non est, *leg. 2. de div. & emp. præf.* de quo fortassis alibi plura.

Ex quo cognoverint) Quinquaginta dies excusationibus profitendi constituti tutoribus & curatoribus non cedunt, ex quo dati sunt, sed ex quo cognoverint se tutores aut curatores datos esse, *d. l. 13. §. quinquaginta 9. l. 5. C. eod. l. 3. de verb. sign.* Atque ex eo tempore si cessent, suo periculo cessant, *leg. 1. §. 1. de adm. tut.* ut tamen lis agnoscatur, qui valetudine aut vi tempestatis, aliave simili causa impediti constituto tempore non venerint, *d. l. 13. §. si enim 7.* Porro nec antea quam a die cognitionis cedere existimo quatuor illos menses disceptando & finiendo & excusationis negotio constitutos; ne alioqui contingat, ut prius finiatur tempus excusationis, quam incipiat; quod perquam esset absurdum. Nec est contrarium, quod Paulus in *dict. l. 38.* menses illos ex die nominationis numerat. Nam Paulo eo loco idem dies est nominationis & cognitionis: quippe qui solum excludere vult tempus, quo allegata sit excusatio; quasi dicat, quatuor illos menses non currere a die propositæ excusationis, quod videri poterat, sed a die nominationis, cognitæ scilicet, non factæ. Ant. Fab. *1. jurisqr. hoc tit. pr. 1. illat. 7.*

Se excusare debent) Non solum venire tutor, & adire judicem intra 50. dies debet, sed necesse est, ut intra id tempus se excuset; id est causam excusationis specialiter alleget & contestetur: quam etsi forte mox non persequatur, nihil tamen magis ei obstabit præscriptio 50. dierum, cum ad negotium peragendum ei adhuc supersint 70. dies: nisi ἀφοσιώσεως χάριν hoc est, defunctorie, perfusorie, aut ut Contius vertit, dicis causa, adjecit, ut desisteret statim & adversarium traheret; *d. l. 13. ἀπὸ χρν 6.* Contestanda autem excusatio, vel in jure ad tribunal Prætoris, vel apud acta, vel χαμαὶ θεν, id est, *de plano* per libellum, *dict. leg. 13. χρν δὲ μηνὶ 10.* Nam etsi tutor per libelli oblationem & subscriptionem non excusatur, *l. excusare 25. eod.* eo quod excusatio pro tribunali disceptanda & excutienda est, quia opus est decreto, *per l. 9. §. 1. de off. proc. l. omnia 71. de reg. jur.* tamen ad submovendam præscriptionem contestatio vel per libellum facta sufficit. Illud non satis expeditum est, an & absens tutor excusari possit. Negat Accurs. quem sequuntur Pet. Fab. ad *l. nemo 70. de reg. jur.* & Ant. Fab. *d. illat. 7.* itemque Bachov. *in Treutl. vol. 2. disp. 9. th. 1. lit. B.* Mihi contraria senten-

tia,

tia, quæ Cujacii est, verior videtur, per textum *leg. tut.19. C. de adm.tut.* (3) Neque video quid obstet, quominus causa excusationis per procuratorem agatur. Opposita sunt *per libellum & pro tribunali*, non *per libellum & in præsentia*; nam præsens libellum offerre potest.

Cujuscumque generis sint, vel qualitercumque dati) Sive igitur testamento dati sint, sive a Magistratu, sive a lege ad tutelam vocati; nam & legitimos tutores excusari verius est, *l.3. §. quæri 8. de l. tut. l. si pupillum 20. h.tit. l.1. C. de l.tut. l. si sororis 9. C. qui dat. tut. arg. l.2. §.5. h. t.* Quibus locis eorum sententia manifeste refellitur, qui putant, legitimos tutores se excusare non posse, nisi & removeri possint, ut ad tempus dumtaxat, quo in numero sunt Hotom. & Giphan. *hic.* Cujac. *ad leg. 13.* VINN. Unde recte Theophilus πραγράζει εἰς τιςαμαπτεγε υἱεῖ λεγίτιμοι. Theophilum contra Cujacium & Giphanium accurate defendit B. Huber. *Præl. ad Inst. h. t. §.* HEIN.

(4) *Intra centesimum lapidem*) Ad professionem excusationis 50. dies dantur, si is, qui tutor datus est, sit in eadem civitate, vel intra centesimum lapidem: si ultra sit, ad veniendum dantur singuli dies in singula 20. millia, ut præterea 30. dies; ita ut computatis itineris diebus & illis triginta, tutor non pauciores habeat quam quinquaginta; quod latius prosequitur Modest. *d. l.13. §.1. & seqq.* Obiter addo lapidem pro milliario sive mille passibus accipi: quæ appellatio inde manavit, quod singularia milliaria positis singulis lapidibus, sive columnis lapides spatiorum signa inscripta habentibus Tib. Gracchus, auctore Plutarcho *in Graccho* p.813. distinxerat. Initium autem & finem omnes viæ Italiæ capiebant ab aurata illa columna, quæ Romæ in capite fori ad ædem Saturni *posita erat*, nimirum ab aureo illo urbis milliario monumentis veterum tantopere nobilitato. VINN. Adiri ea de re debet Bergerius *de viis militaribus*, ubi hæc & alia plena manu feruntur. HEIN. (5) In hisce regionibus proponendæ & disceptandæ excusationis hæc fere forma servatur, ut si quis tutelam sibi delatam suscipere detrectet, is intra tres septimanas, ex quo cognoverit se tutorem datum esse, competentes Magistratus solito sessionum die adeat, ibique causas excusationis alleget probetque: quibus auditis & cognitis, sine mora negotium peragitur: & si justæ ac solidæ videantur, excusato recusante, alius in locum ejus sufficitur: sin minus, rejecta excusatione tutori nominato onus tutelæ sententia Magistratus imponitur, a quo sententia, si iniqua tutori videbitur, provocare ei licet: sed interim alius ei & periculo ejus, si tandem succumbat, substituitur, vid. *cap.19. & 20. statut. Rhynland.* Grot. *1. man.7.* De forma compellendi tutores ad tutelam capessendam dictum est sub §. 1. *sup. de Attil. tut.*

T E X T U S.

De accusatione pro parte Patrimonii.

COMMENTARIUS.

17. *Datus autem tutor ad universum patrimonium datus esse creditur.*

ARbitror cum D. Hotomanno & Wesenb. §. hunc mutilum esse, & decerptum ex Marciano, *l. propter litem 21. hoc tit.* Hoc autem indicare velle Justinianum, tutorem, qui pro parte bonorum se excusat, audiendum non esse: quippe qui non parti bonorum, universo patrimonio datus intelligatur: cujus regulæ exceptio traditur *d. l. 21.* nisi se excuset, ne ultra centesimum lapidem in aliena provincia tutela gerat.

T E X T U S.

De excusationibus propriis Curatorum. De Tutelæ gestione.

18. *Qui tutelam alicujus gessit, invitus curator ejusdem fieri non compellitur: in tantum, ut licet paterfamilias, qui testamento tutorem dedit, adjecerit se eundem curatorem dare; tamen invitum eum curam suscipere non cogendum, D. Severus & Antoninus rescripserunt.*

COMMENTARIUS.

QUÆ præcedunt causæ excusationum, tutelæ cum curatione communes sunt: sequuntur duæ propriæ curationis; quarum una proponitur hoc §. altera §. *seq.*

Curator ejusdem fieri non compellitur) Romanis ad excusationem curationis adulti satis visum est ejusdem pupilli tutelam gessisse, *l. curator 20. C. eod.* Quasi nimis durum sit, gemino unius personæ onere premi: quod tamen jus apud nos & in aliis plerisque locis desuetudine abrogatum esse monuimus supra sub *tit. quib. mod. tut. fin. & de cur.*

Adjecerit, se eundem curatorem dare) Licet alias curator testamento datus a Prætore confirmari solet, *sup. de Curat. §.1.* excipiunt Veteres ob beneficium libertatis acceptæ libertum, quem patronus liberis suis tutorem & curatorem dedit, *leg. 5. Cod. eod.* nisi de sua pecunia emptus & manumissus sit, aut ex fideicommisso libertatem acceperit: nam in hujusmodi libertos nihil juris patronus consequitur, excepto quod sine venia in jus ab iis vocari non debeat, *leg.14. §.3. leg. nequaquam 24. h. tit.*

T E X T U S.

De Marito.

19. *Idem rescripserunt: maritum uxori suæ curatorem datum excusare se posse, licet se immisceat.*

COMMENTARIUS.

1. *Quarum rerum uxoris maritus curator esse prohibeatur?*
2. *Jurisconsultos verbo excusandi sæpe abuti.*
3. *Quæ hodiernis moribus mariti in bona uxoris potestas?*

ALtera causa excusationis propria curationis in marito uxori suæ, puta minori 25. annis, aut mente captæ curatore dato. Ait *curatorem datum*. (1) At quorum bonorum? nam dotis etiam dominus jure civili maritus est, *inf. quib. alic. leg. dote 9. Cod. de rei vind.* Si de jure veteri quæritur; non est dubitandum, quin omnium quæ extra dotem mulier habet, quæ Græcis παράφερνα, dicuntur, licet expresse usum earum rerum sibi non receperit, ac reservarit. Hoc enim causæ prohibendi convenit, quam mox afferemus, & sententiæ veterum constitutionum indistincte loquentium, *leg. 2. Cod. qui dar. tut. leg.4. leg. licet 17. Cod. hoc t. leg. 3. Cod. de interd. matr.* Potuit sane mulier, quæ perfectæ ætatis esset, marito rerum omnium, quas extra dotem haberet, administrationem committere, *arg. leg.8. Cod.*

de pact. conv. l. maritus 21. *C. de procur. l. pen. ad l. Falcid.* Sed quæritur de uxore minore 25. annis, aut mente capta, quæ parapherna habeat: Huic, inquam, maritus eorum bonorum curator dari indistincte jure veteri prohibetur, non receptitiorum dumtaxat; ut male Mynſ. Hotom. VVeſemb. Nam ex novis demum conſtitutionibus eſt, quod marito paraphernorum, quæ uxor ſpecialiter non excepit, adminiſtratio permittitur, *leg.* 8. *leg. ultim. Cod. de pact. conv.* quod hic annotare neglexit Tribonianus.

(2) *Excuſare ſe poſſe*) Sæpe noſtri verbo excuſandi abutuntur, eoſque etiam excuſari ajunt, qui tutores aut curatores eſſe non poſſunt; ut cum dicunt, inimicitias capitales præſtare excuſationem, ἀηδίαι ἄφορτα ἐπιτροπῆς: §. *inimicitiæ* 11. *ſup. l.6.* §. ἀηδίαι 17. *eod.* patrui cum pupillo de hæreditate contendentis excuſationem recipiendam, *leg. ſi pupillus* 20. *eod.* luminibus captum, mutum, ſurdum, furioſum excuſationem habere, *l. un. C. de morb.* Quos omnes tamen certum eſt, tutelam gerere non poſſe, *l.* 3. §. *ſi tutor* 12. *de ſuſp. tut. leg. licet* 17. *C. h. t.* cujus eadem effectu ſpecies eſt cum ea, quæ hic proponitur: nihil enim refert, uxori maritus, an ſocer nurui curator detur. Hoc autem loco Juſtinianum verbo excuſandi abuſum eſſe conſtat ex *l.* 2. *C. qui dar. tut. item ex l.* 14. *de cur. fur.* quæ aperte negant, maritum uxori curatorem creari poſſe. Quæ ideo moneo, ne quis putet in arbitrio mariti poſitum eſſe, aut ſe excuſare, aut omiſſa excuſatione curam uxoris ſuſcipere: & in univerſum ne quis credat, certum eſſe argumentum tutoris jure dati, quod excuſationem habere dicatur. In tantum autem maritus prohibetur uxori ſuæ curator conſtitui, ut ſi conſtitutus imprudens ſe immiſceat, infamiæ labem contrahat; ſicut & illi infames fiunt, qui contra Senatuſconſultum pupillam vel adultam ſibi matrimonio jungunt; eadem enim utriuſque prohibitionis ratio eſt, ne ſcilicet fraus adminiſtrationis tegatur, dum uxor vel propter blanditias mariti nollet, vel propter metum ejus non audebit ab eo exigere rationes, *l.4. l. licet* 17. *C. hoc tit.* junct. *l.5. l.7. C. de interd. matr. l. liberorum* 64. §.1. *de ritu nupt.* Dubito autem cum Bachovio, an hæc poſterioribus conſtitutionibus conſentanea ſint.

Licet ſe immiſceat) Qui excuſare ſe poteſt, is ſi neglecta excuſatione ſe miſcuerit adminiſtrationi, poſtea ſe excuſare volens non auditur, quaſi juri ſuo tacite renuntiaverit, *l. non tantum* 17. §. 5. *ſane h. t. l.* 2. *Cod. ſi tut. falſ. alleg.* Sed hoc locum habet in iis, qui tutores aut curatores recte dati ſunt, quorum etiam propria eſt excuſatio: nam qui tutores aut curatores eſſe non poſſunt, etiamſi ſe immiſcuerint, excuſantur aut removentur, *leg. ſi pupillum* 20. *hoc t.* §. *item major* 13. *ſup. eod.* (3) Atque hæc quidem jure Romanorum ita ſe habent. Cæterum moribus noſtris uxor eſt in curatione & poteſtate mariti: poteſtque maritus bona uxoris etiam ea, quæ extra communionem retinuit, non ſolum adminiſtrare, ſed alienare quoque, aut obligare etiam ſine uxoris conſenſu, niſi pactis antenuptialibus expreſſe aliter cautum fuerit, D. Neoſtad. *obſ. rer. jud.* 9. *in not.* Grot. *manud.* 5. Eademque fere & apud cæteros Europæ populos mariti in uxorem hodie poteſtas eſt, ut ex VVeſemb. Chaſſan. & Covar. refert Gudel. *lib.* 1. *de jur. nov. cap.* 8. & D. Tulden. *ad tit. de curat.* §. 1. *ſup.* Apud Friſios adminiſtratio marito permiſſa, alienatio ſine conſenſu mulieris non item, Sande *lib.* 2. *tit.* 4. *Def.* 2.

T E X T U S.

De falſis allegationibus.

20. *Si quis autem falſis allegationibus excuſationem tutelæ meruerit, non eſt liberatus onere tutelæ.*

N O T Æ.

20. *Falſis allegationibus*) Ubi adde, ex eo tempore, quo datus eſt, tutelæ obligatum eſſe.

COMMENTARIUS.

DEcretum, quo tutor falſis allegationibus uſus, abſolutus eſt, ipſo jure nullum eſt, neque cum periculo tutelæ eximit, *l.1. leg. ult. Cod. ſi tut. falſ. alleg.* quod favore pupillorum ita conſtitutum eſſe credendum eſt. Nam regulariter ſententia ex falſis allegationibus lata ipſo jure non eſt nulla; ſed adverſus eam, ſi provocatum non ſit, petenda eſt reſtitutio, *arg. leg. Divus* 33. *de re judic.* & *tot. t. C. ſi ex falſ. inſtrum.*

TITULUS VIGESIMUS SEXTUS.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS VEL CURATORIBUS.

D. Lib. 26. *Tit.* 10. *C. Lib.* 5. *Tit.* 43.

Continuatio & ſumma Tituli.

EX tribus quæ ad tutores & curatores communiter attinentia Juſtinianus tractanda ſuſcepit, duo expoſita ſunt, ſatiſdatio, & excuſatio. Supereſt tertium & ultimum, ſuſpecti tutoris vel curatoris accuſatio & remotio: quod hoc poſtremo hujus libri titulo nunc explicat. Oſtendit autem ſtrictim, unde ea accuſatio deſcendat; qui, apud quos, & a quibus accuſari poſſint: inde, qui ſint ſuſpecti, & quibus ex factis tales arguantur, & removeri debeant, docet: ac promiſcue, quæ hujus accuſationis, remotioniſque ſit vis, atque poteſtas.

T E X T U S.

Unde ſuſpecti crimen deſcendat?

Sciendum eſt, ſuſpecti crimen ex lege duodecim tabularum deſcendere.

COMMENTARIUS.

SUſpecti crimen ex lege duodecim tab.) Ex Ulpian. *leg.* 1. §. 2. *hoc tit.* Eoque pertinere creditur quod Cicero ſcribit 3. *de offic. cap.* 15. *Dolum malum etiam legibus fuiſſe vindicatum ut tutelam duodecim tab.* Crimen autem hoc loco, & apud Ulpian. pro criminatione ſive accuſatione poni certum eſt: neque inſolens accepta eſt hujus verbi ſignificatio; ſic enim accipiunt in *leg.* 7. *de accuſ. l.* 5. *de calum. leg. propter* 21. *de SC. Silan.* & apud Cicer. *pro Roſc. Amerin. Tria ſunt, inquit quantum exiſtimare poſſum, quæ obſtant hoc tempore Sexto Roſcio; crimen adverſariorum & audacia & potentia.* Quamobrem licet Theoph. recte verterit κατηγορίαν; cauſa ta-

sa tamen non erat, cur interpretem ejus Curium, novumque utriusque παραφράσεως editorem Gothofredum carperet Bachov. quod in Latina versione *crimen* retinuerit.

T E X T U S.

Qui de hoc crimine cognoscuntur?

1. *Datum autem est jus removendi tutores suspectos Romæ Prætori; & in provinciis Præsidibus earum & Legato Proconsulis.*

N O T Æ.

1. *Legato Proconsulis*) Jus removendi suspectos tutores Magistratibus competit vi suæ jurisdictionis: & ideo ea mandata, sive in specie, sive in genere, transit in eum, cui mandata est, *l. 1. 3. & 4. hoc tit.* ergo etsi Præses mandaverit, quod male negat Cujac. *lib. 1. §. 11. ff. ad SC. Turp.* Nam ibi non excluditur qui mandatam jurisdictionem habet, sed Magistratus municipiorum.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Etiam apud eum, cui mandata est jurisdictio, suspectum postulari posse.*

Datum est) Hoc non ita accipiendum est, quasi jus de suspectis tutoribus cognoscendi, eosque removendi, speciali aliqua lege aut senatusconsulto Prætoribus aut Præsidibus datum sit: quemadmodum cum dicimus, jus dandi tutores alicui datum esse, hoc sic accipimus, datum esse nominatim vel a Principe, vel lege, vel Senatu; *l. 1. l. 3. de tut. & cur. dat. l. 6. §. 2. de tut.* sed jus hoc removendi tutores Prætoribus & Præsidibus more concedi propter vim imperii, hoc est, iis competere vi & potestate Magistratus sui, sive jurisdictionis, ut de judicis dandi licentia quam iidem Magistratus habent, scriptum est in *l. cum prætor, 12. §. 1. de judic.* Etenim longe alia ratio est tutoris dandi, alia removendi. Datio tutoris jurisdictionis non est, qua de causa nec mandari potest, *d. l. 6. §. 2. l. nec mandante 8. de tut. & cur. dat.* Cognitio de suspectis & remotio jurisdictionis est, eaque, sive in specie sive in genere mandata, in eum, cui mandata est, transit, *l. 4. in pr. de off. ejus cui mand. l. 1. §. 4. hoc t.* Rursus jus dandi tutoris etiam Magistratibus municipalibus certa lege concessum est, *leg. 3. de tut. & cur. dat. §. 4. & 5. sup. de Attil. tut.* At de suspecto cognoscere soli possunt Magistratus majores, *l. 1. §. suspecti 11. ad SC. Turpil.*

Legato Proconsulis) Legato quoque Proconsulis de suspecto cognoscendi jus est: non ut specialiter ei concessum, sicut tutoris datio oratione D. Marci, *l. 1. §. 1. de tut. dat.* sed tamquam consequens jurisdictionis a proconsule mandatæ *l. 1. §. 4. h. t. l. 4. de off. ejus cui mand. est jurisd.* in qua lege quod Macer adjicit, *propter utilitatem pupillorum*, non sic accipiendum est, quasi utilitas pupillorum contra juris rationem hanc sententiam extorserit: sed quod hic cum ratione illa generali, ex qua mandata jurisdictione totum officium juris dicundi transit, etiam concurrat ex accidenti pupillorum utilitas; quorum scilicet interest, ut plures de suspecto cognoscere possint: ne diutius perfidus tutor in patrimonio pupilli grassetur. Pari ratione & si Prætor mandaverit jurisdictionem, poterit apud eum, cui mandata est, suspectus postulari, *dict. leg. 1. §. 4. vers. ergo*. Idemque omnino dicendum, si Præses mandaverit. Nec est contrarium quod apud Marcianum *l. 1. §. suspecti 11. ad SC. Turp.* legimus, suspecti tutoris accusationem pro tribunali tantum examinari posse, & nullum alium de hujusmodi quæstione quam Præsidem posse pronunciare. Nam cognoscente & pronuntiante eo, cui mandata est jurisdictio, ipse cui mandavit, cognoscere & pronuntiare intelligitur: & ille hujus vice, non sua, fungi, *l. 1. §. 1. l. 3. de off. ejus cui mand. l. solet 16. de jurisd. leg. 1. §. 1. quis a quo app.* Solum excludere voluit Marcianus Magistratus inferiores in municipiis & civitatibus, qui pro tribunali, ubi hæc quæstio disceptanda, non cognoscunt, licet jurisdictionem aliquam habeant. Sic in *leg. ubicumque 106. de de reg. jur.* quæ etiam ad propositam speciem pertinent, cum Prætor desiderari dicitur, ubicumque causæ cognitio necessaria est, non excluditur is, cui a Prætore jurisdictio mandata est: sed Duumviri, sive Magistratus municipales, quibus, quæ majoris cujusdam potestatis sunt, facere non licet, *leg. ea quæ 26. ad munic. junct. l. 1. & 4. de damn. inf.* Hodie etiam nostri Magistratus municipales, quos Scabinos appellamus, de suspectis tutoribus cognoscendi, eosque removendi jus habent.

T E X T U S.

Qui suspecti fieri possunt?

2. *Ostendimus, qui possint de suspecto cognoscere; nunc videamus, qui suspecti fieri possint. Et possunt quidem omnes tutores fieri suspecti, sive sint testamentarii, sive non sint, sed alterius generis tutores. Quare nisi legitimus fuerit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? Adhuc idem erit dicendum; dummodo meminerimus, famæ patroni parcendum esse, licet suspectus remotus fuerit.*

C O M M E N T A R I U S.

Possunt quidem omnes tutores) Item omnes curatores, sive adolescentis, sive furiosi aut prodigi curam gerant, *leg. 3. §. 2. eod.* sed & curator ventri datus suspectus postulari potest, *d. l. 3. §. 1.* Locus hic descriptus est ex *l. 1. §. ostendimus 5. eod.*

Quare etsi legitimus) Indicare videtur, facilius tutores testamentarios & dativos ut suspectos, accusari & removeri posse, quam legitimos, eosve, qui vinculo necessitudinis aut affinitatis pupillo conjuncti sunt: quibus potius curator adjungendus est, quam ut notata fide atque existimatione removeantur, *leg. si tutor 9. eod.*

Famæ patroni parcendum) Quod de patrono hic dicitur, idem vel magis ad parentem pertinet: & fortassis ne postulari quidem suspectus parens potuit, sed simpliciter curator adjungendus fuit. Illud constat, liberto & filio semper honestam & sanctam personam patris, & patroni videri debere, *leg. liberto 9. de obs. par. & patron.* Atque hinc esse, quod nullæ actiones famosæ, ac ne illæ quidem, quæ fraudis vel doli ullam mentionem habent, adversus parentes patronosve institui possint; sed ex quibus causis actio in alios famosa datur, ex iisdem adversus illos in factum detur, omissa doli mentione, *l. non debet 11. de dol. l. 2. l. 5. §. 1. dict. leg. 1. §. interdictum 43. de vi & vi armata*, quod in proposito proclive est, eo quod hæc actio natura sua famosa non sit, vid. *leg. 3. §. ultim. cum leg. seq. & leg. 9. hoc tit.*

TEXTUS.

Qui possunt suspectos postulare?

3. *Consequens est ut videamus, qui possint suspectos postulare. Et sciendum est, quasi publicam esse hanc accusationem, hoc est, omnibus patere. Quinimmo mulieres admittuntur ex rescripto Divorum Severi & Antonini; sed hæ solæ, quæ pietatis necessitudine ductæ ad hoc procedunt; ut puta mater, nutrix quoque & avia, potest & soror. Sed & si qua alia mulier fuerit, quam Prætor propensa pietate intellexerit, sexus verecundiam non egredientem, sed pietate productam non sustinere injuriam pupillorum, admittet eam accusationem.*

NOTÆ.

2. *Quinimmo mulieres*) In tantum pupillorum gratia a consuetudine judiciorum recessum est.

Pietatis necessitudine) Apud Ulpian. *leg.* 1. §. 7. unde hæc sumpta, legitur *pietatis necessitudinis*.

COMMENTARIUS.

DEscripta hæc sunt ex Ulpiano, *l.* 1. §. *consequens* 6. *hoc tit.* Ait, *quasi publicam*, quæ nota est impropriætatis. Revera enim hæc accusatio publica non est. Nam sive finem ejus spectes, non persequitur injuriam Reipubl. illatam, sed pupillo; sive formam & exercitionem, non extra ordinem a Præfecto urbis aut Præsidibus de hoc crimine quæritur, ut de criminibus publicis *leg. ordo* 8. *de publ. jud. leg.* 1. §. *ultim. de pæn.* sed ut de re pecuniaria in privatis judiciis a Prætore vel Præsidibus, iisve, quibus ab his mandata est jurisdictio, *arg. leg. ultim. de priv. del.* Ad hæc qui publico judicio aliquem reum facit, is subscribere in crimen, quod intendit, debet, *leg.* 3. §. 1. *de accus.* & desistens ab accusatione incidit in senatusconsultum Turpillianum; quorum neutrum est in postulatione suspecti, *dict. leg. ultim. de priv. del. leg.* 1. §. *suspecti* 11. *ad Turpil.* Cur igitur hæc accusatio dicitur publica? Nimirum quia publicæ similis est in eo, quod omnibus patet: quod publicarum proprium est, §. 1. *infr. de pub. judic.* Cui addi & alterum potest, quia & nullo accusante ipse Magistratus ex officio manifeste suspectum repellere potest, *dict. l.* 3. §. *præterea* 4. *hoc tit.* junct. *leg.* 13. *de off. præf. leg.* 1. *in pr. Cod. de cust. reor.* Christin. *volum.* 3. *decis.* 157. *num.* 1.

Mulieres admittuntur.) Contra morem judiciorum. Et notandum est, quod ad hanc accusationem admittantur non ex tantum mulieres, quæ pupillo necessitudinis aliquo vinculo junguntur: verum etiam quævis aliæ, quas modo commendet pietas & verecundia: ut intelligamus, majorem esse suspecti tutoris accusandi licentiam, quam criminis publici judicii intentandi: quippe cum mulieri permissum non sit publico judicio quemquam reum facere, præterquam si suam aut suorum injuriam persequatur, *l.* 1. & *l.* 2. *de accus. l. de accus. l. de crim.* 12. *Cod. qui accusar. non poss.* In tantum pupillorum gratia a consuetudine judicium deflexum est. Athenis quoque publica erat hæc actio, Jul. Poll. 8. *cap.* 6. quod ex Platonis lege descendit, *l.* 11. *de legib.* Usus autem non servat, vid. Groenev. *de leg. abrog. ad tit. ff. de pop. act.*

TEXTUS.

An Pubes vel Impubes?

4. *Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare; puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere; & ita Divi Severus & Antoninus rescripserunt.*

COMMENTARIUS.

HÆC eadem traduntur in *leg.* 7. *hoc t. leg.* 6. *C. eod.* Ait, *impuberes non possunt*, &c. In postulandis suspectis tutoribus principaliter perpendendum est, an quid segniter aut fraudulenter gerant, *l.* 9. *Cod. eod.* in quo cum animi judicio opus sit, mirum non est, impuberes ad hanc accusationem non admitti, ut culpent mores tutoris sui, a quo ipsi regi debent. Sufficit, hanc accusationem omnibus patere, ipsumque adeo Prætorem per se tutorem repellere posse, *l.* 3. §. 1. *in fin.* & §. *præterea* 4. *eod.*

Puberes autem curatores suos) In rebus, quæ privati judicii quæstionem habent, sicut pupillus auctore tutore, ita & adultus curatore consentiente litem & intendere & excipere debet, *l.* 2. *Cod. qui reg. pers.* Publica accusatio pupillis omnino non patet, *l.* 8. *de accus.* nisi quod eis speciatim concessum est, ut de consilio tutorum mortem patris exequantur, *leg.* 2. §. 1. *d. tit.* Puberes vero etsi & ipsi regulariter publico judicio accusare non possunt, *leg.* 4. *Cod. de auct. præst.* possunt tamen curatore auctore, si suam suorumve injuriam persequantur, *leg. si maritus* 15. §. *lex Julia* 6. *ad leg. Jul. de adult. l.* 7. *Cod. eod. l.* 11. *de caus.* Gloss. *in d. leg.* 4. *Cod. de auct. præst.* Quapropter si in hoc quoque accusationem suspecti similem esse volumus accusationi publicæ: videri poterit, nihil esse in proposito speciale: quia suam injuriam minor persequitur, qui curatorem suum suspectum facit.

Ex consilio necessariorum) Quorum in ea re præscriptum minor sequetur: quod si illi nolint in accusationem consentire, judicis a minore aditi officium erit videre, ne quid detrimenti minor capiat, *arg. leg. si cum dot.* 22. §. *nec non* 7. ibi Bart. *solut. matrim.* Cantiuncula & Mynf. *hic.*

TEXTUS.

Qui dicatur suspectus?

5. *Suspectus autem est, qui non ex fide tutelam gerit, licet solvendo sit, ut Julianus quoque scripsit. Sed & antequam incipiat tutelam gerere tutor, posse eum quasi suspectum removeri, idem Julianus scripsit: & secundum eum constitutum est.*

COMMENTARIUS.

HOC §. in genere docet Imp. quis sit suspectus, & unde talis esse deprehendatur. Ait, suspectum esse, qui non ex fide tutelam gerit: quod si accipiemus, non tantum si fraudulenter & callide in rebus pupilli versetur, sive quæstus aut commodi causa res administret; sed etiam si negligenter aut segniter, neque ea integritate & solicitudine, qua oportet, *leg.* 3. §. *ult. hoc tit. l.* 5. *Cod. eod.* Nec tutor quicquam prodest

dest quod solvendo sit, quod satisdederit, vel nunc oderat: non enim ex patrimonio principaliter, sed ex moribus suspectus æstimandus est, *l. 5. l. 6. eod. d. l. 5. C. eod. §. ult. in eod.* & pupillo semper utilius est sic ei prospici, ut postea laboret de consequenda indemnitate, *arg. l. ult. C. in quib. ca. int. rest. non est nec.* quod Papinianus noster sic expressit: *Expedit pupillo rem suam salvam habere, quam tabulas rem salvam fore cautionis, d. l. 5. eod.*

Antequam tutelam gerere incipiat) Puta si vel satisdare nolit, *l. 1. l. 3. C. de tut. qui sat. non ded.* vel contumax sit, *l. Cod. hoc tit.* vel si ob ignaviam aut negligentiam non gessisset, aut dolo fecerit, quominus gereret, *l. 4. §. ult. eod.* & generaliter si qua justa causa sit, ob quam videatur rejiciendus, *arg. l. 3. §. si tutor 12. eod.* VINN. In primis huc pertinet casus in §. 9. 10. *hoc t.* item mores, qui suspicionem negligentiæ vel doli injiciunt §. *ult. hoc tit.* HEIN.

T E X T U S.

De effectu remotionis.

6. *Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est: si ob tutelam, non æque.*

N O T Æ.

Ob dolum famosum) *l. 1. ff. de his qui not. infam.* Debet autem decreto causa significari: alias integra existimatione tutela abibit, *l. 4. §. 1. & 2. ff. hoc tit.*

Ob culpam non æque) Hoc est, segnitiem, inertiam, negligentiam, ineptiam, rusticitatem, *l. 3. §. ult. eod.* Th. ἐπὶ ῥᾳθυμίᾳ Quid si tutoris lata negligentia arguatur? Non videtur salva existimatione abire: quia ista prope fraudem accedit, *leg. 7. §. 1. eod.* in doli crimen cadit, *l. 1. §. 5. ff. de obl. & act. l. 32. ff. depos.* VINN. Eleganter hanc *l. 7. §. 1. hoc tit.* explicat B. Hubertus ex *l. 32. ff. depositi*, quæ similiter distinguit, sitne depositarius in suis rebus diligens, an supinæ & enormis socordiæ. Vid. *Prælect. ad inst. hoc tit.* §. 7. HEIN.

COMMENTARIUS.

1. *Culpæ nomen & generale esse & speciale.*
2. *Genera culpæ obiter distincta atque exposita.*
3. *Ablata culpa remotus an famosus fiat, & quid moribus nostris?*

ACcusationis finis est remotio. Cæterum pro qualitate causæ & admissi, alii simpliciter removentur, alii cum nota infamiæ, alii etiam aliter & nonnunquam gravius puniuntur. Qui salva aut notata existimatione removeantur, ostenditur hoc §. Propriæ pœnæ adversus quos constitutæ sint, §. *quis tutor 9. & 2. seq. inf. eod.*

Si quidem ob dolum) Ait, remotum ob dolum famosum esse, ob culpam non æque. Dolus est, quævis calliditas, & machinatio ad alium circumveniendum adhibita, *l. 1. §. 2. de dol.* (1) Culpa est omne factum, quo nocetur alteri injuria, sed ἀπροαιρέτως, id est, sine animo & proposito fraudandi. Etsi enim culpa generali significatione etiam dolum continet, Cic. *lib. 1. de offic. cap. 26. Cavendum ne major pœna sit, quam culpa;* & in *l.* Aquilia constat, culpæ nomine etiam dolum venire, *l. 1. §. 1.* junct. *l. 30. §. pen. ad l. Aquil.* in specie tamen accepta a dolo distinguitur, ut factum inconsultum a consulto & malitioso. (2) Genera culpæ tria in jure nostro memorantur, lata, levis, levissima. Lata culpa est, non providere, curare, cavere, quod omnes, qui modo sensu communi præditi sunt, provident & intelligunt se curare debere, *leg. cedere diem 213. §. ult. l. latæ 223. de verb. sign. leg. quod Nerva 32. depos. l. p. §. 2. de jur. & fact. ign.* Atque hæc plerumque ἐπιτηδευτικὴ dicitur culpa dolo proxima, *l. 8. §. 3. de precar. l. 8. pr. de edend. leg. 1. §. 2. si is qui test. lib.* Levis est omissio diligentiæ, quam vulgo homines frugi in suis rebus adhibere solent, *leg. hæredes 25. §. non tant. 16. fam. ercisc. l. 1. de tut. & rat. distr. l. 9. §. 4. de obl. & act.* Levissima est omissio ejus diligentiæ, quam in suis rebus præstare solet diligentissimus paterfamilias, & fere per oppositum indicatur, cum diligentia præstari dicitur simpliciter, *leg. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur.* quod loco magis opportuno latius explicabitur. Culpæ autem nomine non intelligit hic Imperator culpam latam, sed leviorem: si quidem lata culpa, præterquam in crimine corporalem pœnam ingerente, *l. 7. ad leg. Cornel. de sicar.* semper dolum interpretatione juris repræsentat, *leg. magna 226. de verb. signif. d. l. quod Nerva 32. dep. l. 1. §. 1. si mens. fals. mod. l. 8. §. 2. de proc. l. 1. §. is quoque 5. de obl. & act.* etiam in famosis, *leg. 11. §. ult. de his qui notant. infam. leg. probrum 42. in fin. de verb. signif.* adeoque etiam actione pœnali, *l. 1. §. 1. si is qui test. lib.* Unde etsi dolus tantum præstari dicitur, tamen ea appellatione etiam culpa lata intelligitur, *leg. contractus 23. de reg. jur. l. 5. §. 2. commod. §. pen. inf. quib. mod. re cont. ob.* Nec movere debet, quod verbum culpæ hic simpliciter & sine distinctione dolo opponitur. Quotiescumque enim hoc fit, aut quoties culpæ verbum absolute ponitur, toties in usu juris significatur levis dumtaxat, *d. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. 11. de neg. gest. l. 5. §. 3. de in lit. jur. l. 1. §. sæpe 35. depos. cum similib.* Frustra igitur objicitur quod in dubiis benigniora præferenda, *leg. semper 56. de reg. jur.* quod pœnæ legum interpretatione molliendæ, *l. pen. de pœn.* odia restringenda, Cod. edia *Pand. de rej. jur. in 6.* Nam cum sententia auctorum juris quæritur, usus præcipue spectandus est, *leg. 7. §. 2. de sup. lex.* De usu autem verbi hic quæritur, non de eo producendo per interpretationem. Quod vero famæ & existimationis periculum exæquat cum periculo vitæ, ineptum esse apparet ex *leg. capitalium 28. de pœn.* Sane causa famosa aliquando confertur cum capitali, ut in *leg. 9. de manumiss. vind. leg. 8. §. 2. quod met. cau.* sed satis constat id fieri respectu certæ alicujus rei, in *dict. leg. 9.* cujus intuitu causæ manumissionis apud consilium allegandæ & probandæ, in *d. l. 8. §. 2.* ratione metus vel electionis; quod huc non pertinet; non enim quid metuat aut eligat, sed quid mereatur tutor, quærimus. (3) Concludimus igitur, tutorem remotum infamem fieri, non solum si ob fraudem remotus sit, quod in tutela grassatus fuerit, aut sordide egerit vel perniciose pupillo, aut aliquid ceperit ex rebus pupillaribus, *l. 3. §. nunc videamus 5. hoc tit.* verum etiamsi ob latam negligentiam; puta quod in suis diligens, in rebus pupillaribus supine & dissolute & negligens sit: quia talis negligentia prope ad fraudem accedit, *leg. 7. §. 1. eodem*, & interpretatione atque effectu juris dolus est, *d. leg. quod Nerva 32. depos. l. magna 226. de verb. sign.* Eos autem, qui ob leviorem culpam, segnitiem, rusticitatem, inertiam, simplicitatem, vel ineptiam removentur, in ea causa esse, ut integra existimatione tutelam habeant,

dict. leg. 3. §. *ult. hoc t.* Quod & jam olim docuit Claud. Cantiuncula contra plerosque interpretes, qui negant latam culpam infamare: quo in numero etiam sunt Schneid. & Wesemb. Plane mitior hæc sententia moribus nostris accommodatior est, quia a veteris disciplinæ severitate multum descivimus: de quo queritur D. Tuld. in *com. hic cap. ult.* Illud constat, causam remotionis decreto exprimendam esse, ut appareat de existimatione: nam si causam remotionis non significaverit decreto suo Prætor, fama remoti non læditur, *l.* 4. §. 1. & 2. *eod.*

T E X T U S.

De effectu accusationis.

7. *Si quis autem suspectus postulatur, quod cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est.*

COMMENTARIUS.

PEndente causa cognitionis, interdicitur tutori administratio, atque alius interea in locum ejus in administratione rerum ordinatur, *l. cum quem* 7. *C. hoc t.* ipsaque adeo postulatione suspecti etiam circa decretum id effici videtur, *l. quod si* 15. §. 1. *in fin. de solut.* Et recte; nam ut suspectum non convictum in totum removere iniquum est, ita eum, qui in suspicionem lite instituta vocatus est, perseverare in administratione non expedit. Ajo, *lite instituta*; neque enim protinus allegata causa suspicionis tutori interim auferenda administratio; sed ita demum, si concurrant aliqua indicia; super quibus tutor auditus sit & litem contestatus: quod & DD. plerique tradiderunt, & probat Ant. Fab. *C. sub defin.* 2. *de susp. tut.*

T E X T U S.

Quibus modis cognitio finitur?

8. *Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, postea que tutor vel curator decesserit, extinguitur suspecti cognitio.*

N O T Æ.

8. *Extinguitur susp. cogn.*) Sed & si alio modo tutela finita sit, cognitio suspecti solvitur, *leg. pen. ff. eod. leg.* 1. *Cod. eod.* Si quid damni pupillus senserit, id sarciri potest actione tutelæ, *leg.* 4. *ff. de tut. & rat. dist.* VINN. Ast quia hæc ratio cessat, si ob atrocius factum, & quod animadversionem acriorem mereatur, suspectus sit tutor: non abs re colligere mihi videor, hoc casu suspecti cognitione, finita interim tutela, non extingui. HEIN.

COMMENTARIUS.

IN hac postulatione nihil petitur, quod pupillo ex bonis tutoris adjudicetur, sed hoc tantum, ut tutor removeatur a tutela: quo remoto, si quid damni ex mala ejus administratione pupillus senserit, id sarciri potest actione tutelæ, cui ut locus fiat, actio suspecti instituitur; quoniam durante tutela agi non potest, *l.* 4. *de tut. & rat. distr.* Quibus consequens est, finita quomodocumque tutela, solvi cognitionem suspecti, quamvis pridem receptam, *l. pen. Cod. hoc tit. l.* 1. *Cod. eod.* In quo item similis hæc accusatio videtur criminalis, quæ ipsa cœpto licet judicio regulariter morte rei extinguitur, *l. ult. Jul. ad maj. l.* 1. *l.* 2. *Cod. si reus vel accus. mort.* Nam in causa civili, licet pœna quoque petatur, actio judicio semel inclusa salva semper permanet, atque in solidum transit in hæredem, *l. omnes* 26. *de obl. & act. l. omnes* 139. *de reg. jur.* §. 1. *inst. de perp. & temp. act.*

T E X T U S.

Si tutor copiam sui non faciat.

9. *Si quis tutor copiam sui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epistola Divorum Severi & Antonini, ut in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur; & quæ mora deteriora futura sunt, dato curatore distrahi jubentur. Ergo suspectus removeri poterit, qui non præstat alimenta.*

N O T Æ.

9. *Copiam sui non faciat*) Latitans, dolo absens, non justa de causa. *Ex l.* 3. *l.* 7. §. 2. *l.* 2. *ff. hoc tit.*

Ergo ut suspectus) Bene *ergo*. Nam si non potest removeri, non est cur pupillus mittatur in possessionem, aut bonis tutoris curator detur. Cujac.

COMMENTARIUS.

QUia alimenta pupillo non temere decernenda sunt, sed causa cognita, quam rem Prætor pro modo facultatum pupilli, quas tutor ex vero profiteri jubetur, moderari & expedire debet, *leg.* 3. *ubi pup. educ.* ideo adversus tutorem, qui, ne alimenta pupillo decernantur, sui copiam non facit, propria pœna constituta est: eadem nimirum, quæ adversus debitores latitantes: ut pupillus rei servandæ causa in possessionem bonorum tutoris mittatur, quomodo mitteretur creditor in possessionem bonorum debitoris, qui absens non defenditur; ex edicto *quib. ex caus. in poss. bon. eat.* Quin & plus hic tribuitur pupillo, quam aliis creditoribus: quippe quibus in possessionem missis, nuda tantum rerum debitoris custodia & observatio interim conceditur, *leg.* 12. *quib. ex caus. in poss.* donec ob contumaciam perseverantis sui copiam non facere Prætor de consensu creditorum, curatore constituto, bona distrahi permittat, *tot. tit. de cur. bon. dand.* Pupillo autem in possessionem misso, simul quæ mora deteriora futura sunt ex bonis tutoris, dato curatore, distrahi jubentur; atque, ut arbitror, ut ex pecunia ex earum rerum venditione relata pupillo interim alimenta constituantur. Quod si hoc remedio & edictis evocatus tutor vinci & adigi non possit, ut veniat, suique copiam faciat; tum non tantum quasi contumacem, sed etiam ut suspectum removeri eum oportet; quod tamen & perraro & diligenti habita inquisitione faciendum esse monet Ulp. *l.* 7. §. *pen.* & *l. hoc tit.* Atque hic quoque sensus est hujus loci, & *l.* 3. §. *tut.* 14. *eod.*

TEX-

TEXTUS.

Si neget alimenta decerni posse, vel tutelam redemerit.

10. *Sed si quis præsens negat propter inopiam alimenta posse decerni, si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse ad Præfectum urbi, puniendum placuit: sicut ille rimittitur, qui data pecunia ministerium tutelæ acquisierit, vel redemerit.*

NOTÆ.

10. *Alimenta posse decerni*) A Prætore scilicet, cui jus alimentorum decernendorum pro modo facultatum pupilli competit, *l. 3. ff. ubi pup. educ.*

Ad Præfectum urbi) *l. 3. §. 15. ff. h. t.* puniendum scil. extra ordinem & pœna corporali, εἰς τὸ σῶμα quod est meri imperii; qualem potestatem Prætor non habet, sed Præfectus urbi: unde & ad hunc remissio fit, ut & alias *l. 9. §. 7. ff. de off. præf. urb. l. 2. ff. de suspect. tut.*

Data pecunia ministerium tutelæ) Cujac. restituit, *Data pecunia ministeriis, tutelam redemerit, ex d. l. 3. §. 15. ministeriis*, id est, *officialibus & ministris Prætoris*. VINN. Scriptum fuisse videtur, *qui data pecunia ministeriis m.* (id est, Magistratuum) *tutelam adquisierit*. In *leg. 3.* enim *15. hoc tit.* est: qui tutelam corruptis ministeriis Prætoris redemerunt. Tribonianum ergo pro *Prætore* substituisse arbitror *magistratum*, ex cujus vocis prima littera antecedenti vocabulo juncta natum videtur vocabulum *ministerium*. HEIN.

TEXTUS.

De liberto fraudulenter administrante.

11. *Libertus quoque si fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni gessisse probetur, ad Præfectum urbi remittitur puniendus.*

NOTÆ.

11. *Libertus quoque*) Et Ulpiano *l. 2. ff. hoc tit. l. 10. Cod. de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

Diximus non multo ante, tutores pro qualitate facti vel simpliciter removeri, vel cum infamia, nonnumquam etiam gravius simul corceri: quod fit in his delictis, si quis præsens negaverit, pupillo quasi inopi alimenta decerni posse, & datis pupillo advocatis mendacii convincatur; si quis tutelam corruptis ministeriis Prætoris redemerit; si libertus fraudulenter tutelam filiorum patroni gesserit; quæ tria his §§. proponuntur ex *leg. 2. & leg. 3. §. sed si non 15. hoc tit.* Sunt autem plura; ut si quis pretio accepto operam dederit, ut non idoneus tutor pupillo daretur; si consulto circa patrimonium edendum quantitatem minuerit: si evidenti fraude pupilli bona alienasse probetur, *leg. 1. §. solent 7. de off. præf. urb. l. 9. de tutel.* Hos omnes traditum est severiore animadversione indigere, quam ut sufficiat eis suspectorum infamia; ideoque ad Præfectum urbi solitos remitti extra ordinem puniendos, *dd. loc.* & pœna, scilicet corporali, nam mulctæ dicendæ jus etiam Prætori cæterisque, qui jurisdictionem habent, competit *leg. 2. §. ult. de judic. leg. aliud est fraud. 131. §. 1. de verb. signific.* Graviorem autem omnem animadversionem, sive imperium, quod dicitur merum, Præfectura urbis sibi vindicavit, *d. l. 1. de off. præf. urb.* Apud nos quemamodum criminum judicia exerceantur, & puniantur extra ordinem, qui delinquunt, dicemus *sub tit. ult. lib. 4.*

TEXTUS.

Si suspectus satis offerat: & quis dicatur suspectus?

12. *Novissime autem sciendum est, eos qui fraudulenter tutelam administrant, etiamsi satis offerant, removendos esse a tutela: quia satisdatio tutoris propositum malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat. Suspectum etiam eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit. Enimvero tutor vel curator, quamvis pauper sit, fidelis tamen & diligens, removendus non est quasi suspectus.*

NOTÆ.

12. *Etiamsi autem offerant*) Expedit enim pupillo rem suam salvam tenere, quam habere cautionem, *l. 5. ff. hoc tit.* fac *l. ult. C. in quib. ca. int. rest.*

Diutius grassandi) Ex Callistrato, *l. 5. ff. hoc tit.*

Etiam eum) *leg. 8. eodem. Vet. suspectum enim eum.* Theoph. γάρ. *Suspectum mores sunt*, non tenues facultates.

Quamvis pauper) Numquam paupertatis occasione suspectus postulari, aut ut suspectus removeri debet vir alioqui fidelis & diligens, *leg. 5. Cod. eod.* Sed potest curator ei adjungi, si substantia pupilli periclitetur, *l. 6. C. eod.* aut removeri ex eo capite, quod non satisdet *leg. 2. C. de tut. qui sat. non ded.*

COMMENTARIUS.

Etiamsi satis offerant) De eo dictum sub *§. suspectus 4. sup. eod.* Ut autem neque divitiæ, neque satisdatio tutorem a suspicione liberant; ita nec ex adverso eum onerat paupertas. Nam etsi pauperi, qui se imparem oneri imposito docere possit, vocatio tribui solet: *§. sed & propter paupertatem 6. tit. præt. aut* qui propter inopiam satisdare non potest, removendus est, *leg. 3. Cod. de tut. qui sat. non ded.* numquam tamen paupertatis occasione suspectus postulari, eove nomine removeri debet vir alioqui fidelis & diligens. Ex moribus enim, non ex facultatibus suspectum argui convenit, *l. 8. hoc tit. leg. 5. Cod. eodem, l. si creditores 21. §. 2. reb. auct. jud. poss.*

FINIS LIBRI PRIMI.

ARNOLDI VINNII JC.

IN LIBRUM PRIMUM INSTITUTIONUM IMPERIALIUM

COMMENTARIUS ACADEMICUS ET FORENSIS. CUM NOTIS AD TEXTUM.

ITULUS PRIMUS.

DE RERUM DIVISIONE, ET ACQUIRENDO IPSARUM DOMINIO.

D. Lib. 1. & 8. *C. Lib.* 41. *Tit.* 1.

Ratio ordinis, & summa tractationis de jure rerum.

COgnita hominum qualitate & differentia, expositoque eo jure, quod cuique pro conditione personæ suæ competit, quod ex tribus, circa quæ jus omne versatur, primum est, transit Imperator ad alterum, atque huic proximum, res externas; ut quod lex methodi exigit, ex ordine singula explicet, quo ea proposita sunt, §. *ult. sup. de jur. nat. gent.* Habet autem hic titulus duplicem inscriptionem. *De rerum divisione, & de acquirendo ipsarum dominio.* Nimirum quæ duobus distinctis titulis in Pand. tractata sunt, ea in unum huc retulit Justinianus. Et quia in rebus, tantum cujusque est, quantum natura earum & conditio patitur, primo varie eas dividit, ut differentia earum cognita, jus quod in iis habemus (qua consideratione rerum tractatio propria est Jurisconsulti) melius intelligatur. Deinde proponit & persequitur modos, quibus res, quæ singulis acquiri possunt, singulis acquirantur, initio facto a rebus dominii nostri aut similis in rem juris. Postremo tractat de obligationibus: idque demum *tit. 14. lib. 3.*

TEXTUS.

Continuatio & duplex rerum divisio.

Superiore libro de jure personarum exposuimus, modo videamus de rebus, quæ vel in nostro patrimonio, vel extra patrimonium nostrum habentur. Quædam enim naturali jure communia sunt omnium, quædam publica, quædam Universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum; quæ ex variis causis cuique acquiruntur, sicut ex subjectis apparebit.

NOTÆ.

In patrimonio) Id est, *in bonis*. In bonis autem nostris, non tantum sunt res corporales, verum etiam incorporales & jura, *l.49.de verb.signif.l.5.de acq.rer.dom.* Igitur & servitutes *l.5.§.9.ff.de op.nov.nunt.tit.si usf. pet. & si serv. vind. & de itin. act. priv. leg.* 3. & 4. *quæ in fraud. cred.* Nec obstat *l.* 1. *ff. de usuf. leg.* Quia ibi Paul. non disputat de jure aliquo constituto, sed demum constituendo: quod ait, in bonis non esse, quia dominus hujusmodi jus formale non habet; nec tamen extra bona, quia habet saltem causative, ut loquuntur.

Quædam nullius) Intelligit res divini juris, quibus per excellentiam hoc tribuitur, ut dicantur nullius esse.

Pleraque singulorum) Nimirum res omnes, quæ in dominio nostro sunt, aut quasi dominio, aliaque in rem vel ad rem jura.

COMMENTARIUS.

1. *An detur tertium genus rerum, quæ neque in bonis nostris, neque extra bona sint?*

DE *rebus*) Quid rei appellatione, quæ alioquin generalis est, hic significetur, docet nos objectorum juris distinctio: nempe quicquid est extra personam & actiones, quod hominis usui aut commodo esse possit, sive id divini juris sit, sive humani, sive publici, sive privati, sive corporale, sive incorporale, sive dominium, aut jus aliquod in rem a dominio diversum aut separatum, sive obligatio: uam & ea, ut res in bonis nostris, huc pertinet; quod pluribus ostendemus *sub tit. de oblig. lib.* 3.

Vel

Vel in nostro patrimonio, vel extra) Patrimonii nomine proprie significari videtur ea pecunia, quam liberi ex hæreditate paterna accipiunt: cæterum consuetudine loquendi obtinuit, ut eo verbo intelligantur omnia, quæ quisque paterfamilias habet: Igitur in patrimonio esse & in bonis esse idem valent. (1) Sunt quibus hæc divisio manca videtur, quasi constitui debeat & tertium genus rerum, quæ neque in bonis nostris, neque extra bona sint; cujus generis res, auctore Paul. *l.1. de usuf. leg.* sint servitutes. Quo quidem ego nunquam quicquam audivi subtilius. Non erit in bonis nostris ea res, quæ bona nostra & patrimonium auget, *l. 5. §. 9. de op. nov. nun.* quæ pro debito pignori mihi obligata est; juxta *l. 12. de pign.* quæ dominus prædii dominantis magni sæpe constituit, & quam prædii servientis dominus magno velit redimere; cujus denique persequendæ & tuendæ causa actio, aliaque remedia jure prodita sunt, *l. rem in bonis 52. de acq. rer. dom. l. bonorum 49. de verb. sign.* junct. *§.2. inf. de act. leg.6. §.1. & ult. si serv. vind. d. l.5. §.9. de op. nov. nunc. tit. de itin. act. priv. & aq. cot. & est.* Cur igitur actione Pauliana revocantur servitutes per fraudem non utendo amissæ? *l.3. & 4. quæ in fraud.cred.* cum id edictum ad eos tantum pertineat, qui patrimonium suum in fraudem creditorum diminuunt, *leg.6.eod.* Aut cur magis res cæteras incorporales in bonis esse dicimus quam servitutes? Veterum sane nemo est, cui hoc in mentem venerit, ut diceret, servitutem alicui constitutam & quæsitam non esse in bonis ejus, cui constituta & quæsita sit; neque etiam Paulo, qui in *d.l.1.* non disputat de jure aliquo alicui constituto, sed demum constituendo; cujus tamen disputatio posita est in mera subtilitate. Legavit aliquis usum aut usum fructum itineris per fundum suum. Negat Paulus id legatum subsistere: quia ratio juris non patitur, ut servitus servitutis constituatur; nec esse utile ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quæ in bonis sint, ususfructus legari possit: quia id jus formaliter & separatum non habuerit; nam utique ut dominus jus habebat eundi in suo, poteratque id jus a dominio separare, alterique sub alia qualitate concedere, alium denique eo jure, servitute non constituta, uti volentem prohibere: unde fortassis addit, nec esse extra bona, tantum quia dominus, ut dixit, hujusmodi jus formale non habet, hoc est, separatum a jure dominico titulo servitutis, cum nemini res sua serviat, *l. 5. si usufr. pet.* usus autem itineris tamquam juris separati & formalis legatus proponitur. Negat, legatum esse usum rei, quæ erat in bonis testatoris: quippe quæ nec erat quidem eo quo dixi modo, sed causative tantum. Esse autem hanc disputationem de apicibus juris, Paulus ipse fatetur; cum legatum aut hujusmodi usus constitutionem admittendam censet beneficio cautionis a legatario præstanda, de restituenda post mortem suam aut capitis deminutionem servitute. VINN. Immo ita nonnunquam loquebantur veteres de rebus corporalibus, quas & *esse*, & in *dominio* & in *bonis* esse negabant. Quia tamen animo intelliguntur & utilitatem præstant, hinc nec extra bona sunt. Vid. V. C. Ger. Noodt, *Prob. II. cap. 3.* HEIN.

Quædam enim naturali jure communia) Non est nova hæc divisio, sed prioris illius explicatio: quæ eo pertinet ut intelligamus, ea, quæ singulorum sunt, in patrimonio haberi, quæ communia, publica, Universitatis, & maxime quæ divini juris sunt, extra patrimonium esse. Aptior ad docendum nonnullis videtur divisio Gaji *lib. 1. h. tit.* qui sic distinguit, ut dicat, rerum alias esse divini juris, alias humani. Divini juris quæ sunt, nullius in bonis esse; veluti res sacras, religiosas, sanctas. Res humani juris, aut publicas esse, quæ & ipsæ nullius in bonis sunt: aut privatas, quæ singulorum; una generali appellatione rerum publicarum complectens, quæ hic in communes, publicas & Universitatis distinguuntur. Huic autem divisioni mox aliam subjicit, quod quædam res corporales sint, quædam incorporales; quæ a Justiniano demum traditur atque exponitur *tit. seq.* Apud Marcianum *l.2. hoc tit.* divisio proposito uno membro mutilata traditur; ut liquet ex *l.4. & 5. eod.* VINN. Martianus in divisione sua non jam omisit res publicas, quas easdem communium nomine complexus est. Communes enim & publicæ sæpe pro iisdem habentur, *l. 14. ff. de reb. damn. inf.* Unde non mutilata videtur *l.2. eff. hoc tit.* sed a Triboniano in hoc §. paulo fusius explicata. Vid. Gerar. Noodt. *Prob. Lib. 1. cap. 7.* HEIN.

Pleraque singulorum) Hæc sunt, quæ privata dicuntur; nimirum res omnes quæ in dominio nostro sunt, aut quasi dominio, aliaque in rem jura a dominio separata, vel quæ adhuc nobis præstanda sunt ex obligatione. Unde non male nonnulli totius hujus argumenti tractationem ad duo potissimum capita referunt, quorum unum est de dominio, alterum de obligatione; dominii appellatione jus omne, quod in rem habemus, complectentes.

TEXTUS.

De aere, aqua profluente, mari, litore, &c.

1. *Et quidem naturali jure communia sunt omnium hæc, aer, aqua profluens, mare, & per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur: dum tamen a villis, & monumentis, & ædificiis abstineat, quia non sunt juris gentium, sicut est mare.*

NOTÆ.

1. *Naturali jure communia*) Vocabulo generali hæc etiam publica dicuntur, definiunturque a Nerat. *l. 14. de acq. rer. dom.* Quæ a natura ad omnium usum prodita, in nullius adhuc dominium pervenerunt. Sumpta hæc ex *l. 2. §. 1. & l. 4. ff. eod.*

Aer, aqua profluens, &c.) Aer & mare jure gentium divisa non sunt, sed relicta in suo jure & esse primævo. Jo. Fab. Immo nec dividi potuerunt; Grot. *de mar. lib. c. 5.*

Litora maris. Sicut usus omnibus patet, *l. 13. ff. comm. præd.* ita propter mare & litora maris, *l. 4. & 5. §. 1. h. tit.*

Dum tamen a villis) Quia sunt singulorum qui ædificando occuparunt, *d.l. 4. & l. 6. h. tit. l. 14. de acq. rer. dom. l. 4. ne quid in loc. pub.*

COMMENTARIUS.

1. *Rerum communium usum omnibus competere, earumque semper habitum, quemquam mortalium eo usu prohibere.*
2. *Multum hasce res differre ab iis, quæ nullius sunt, communi usui non attributæ.*
3. *Quatenus quid harum rerum occupari possit: tum quantum hæc occupatio occupanti tribuat?*

4. De

4. *De dominis maris, quod nunc sibi plerique ad aliquod spatium & per vicinos sinus vindicant remissive.*

5. *Qui vectigal navigantibus jure imponant?*

QUÆ humani juris sunt, non privata aut singulorum propria, ea aut sunt omnium hominum communia; aut alicujus gentis sive populi, quæ in specie publica; aut certæ alicujus civitatis vel corporis, quæ dicuntur, universitatis. Communia sunt, quæ a natura ad omnium usum prodita, in nullius adhuc ditionem aut dominium pervenerunt; ita generali vocabulo definiuntur a Neratio *l.14. h. t. de acq. rer. dom.* Huc pertinet præcipue aer & mare, quæ cum propter immensitatem, tum propter usum, quem in commune omnibus debent, jure gentium divisa non sunt, sed relicta in suo jure & esse primævo; ut ait Jo: Faber, adeoque nec dividi poterunt. Atque hoc est quod DD. nostri ajunt, & aerem & mare, cum sint incomprehensibilia, nullius populi bonis potuisse applicari; Joann. Fab. §. *litorum 5. infr. eod.* Grot. *de mar. lib. cap.5.* Item aqua profluens, hoc est, aqua jugis, quæ vel ab imbribus collecta, vel e venis terræ scaturiens perpetuum fluxum agit; flumenque aut rivum perennem facit. (1) Postremo propter mare etiam litora maris, *l.2. §. 1. l.4. h. t.* In hisce rebus duo sunt, quæ jure naturali omnibus competunt. Primum communis omnium harum rerum usus, ad quem natura comparatæ sunt, tum si quid earum rerum per naturam occupari potest, id eatenus occupantis sit, quatenus ea occupatione usus ille promiscuus non læditur. De usu aeris constat, quippe sine quo ne vivere quidem aut respirare quisquam potest. Aqua profluens ad lavandum, & potandum unicuique jure naturali concessa. Maris usus jure gentium liber est, atque ad navigandum, & piscandum ex æquo omnibus patet, *l.3. §.1. ne quid in loc. publ.* Unde si quis prohibeatur in mari piscari aut navigare, injuriarum actione prohibentem convenire potest, *l. 2. §. si quis 9. d. t. l.13. §.ult. de injur.* Maris naturam litora sequuntur; ac proinde ad litus maris cuivis accedere licet, navem eo appellere, ac reficere, ejecta in tempestate, naufragiove amissa ibi excipere, retia siccare, & casam, in quam tantisper se recipiat, ponere, *l. 4. h. tit. l. litora 51. de contr. empt. l. 1. C. de naufr. lib. 11.* Dum tamen a villis, ædificiis & monumentis in litore extructis abstineat: quia sunt juris gentium, *d. l.4. h. tit.* Est vero harum rerum usus adeo liber & promiscuus, ut barbarum semper, atque immane habitum sit, vel exteras gentes ab eo arcere. Quamobrem merito de Pœnorum injuria sic queritur Orator Illoneus apud Virgilium *l. 1. divini operis. vers. 543. seqq.*

> *Quod genus hoc hominum, quæve hac tam barbara morem*
> *Permittit patria? Hospitio prohibemur arenæ.*
> *Bella cient, primaque vetant consistere terra.*

Idemque apud eumdem *lib. 7. v. 2. 9.* his vocibus affatur Regem Latinum:

> *Litusque rogamus*
> *Innocuum, & cunctis undamque auramque patentem.*

Denique Latona apud Nasonem *6. metam. v. 349.* sic alloquitur pueros Lyceos:

> *Quid prohibet aquas? Usus communis aquarum est.*
> *Nec solem proprium natura, nec aera fecit,*
> *Nec tenues undas; ad publica munera veni:*

Dicit: hæc non esse a natura propria: sicut Ulp. *l.13. comm. præd.* natura omnibus patere, quia a natura ad communem usum genita sunt: nec in ullius adhuc dominium pervenerunt; Cic. 1. *de Offic. cap. 6.* Nerat. *l. 14. h. tit.* Hæc igitur sunt illa, quæ veteres vocant communia omnium jure naturali, aut quod idem est, publica jure gentium, sicut & usum eorum modo communem, modo publicum vocant, *l. pen. h. tit. l.2. §.1. l.4. ne quid in loc. pub. §. littorum 5. infr. hoc tit. cum simil.* (2) Quamquam vero etiam nullius esse, quod ad proprietatem attinet, recte dicimus; multum tamen differunt ab his, quæ nullius sunt, communi usui non attributa, ut feræ, pisces, aves: nam ista si quis occupet, in jus proprium transire possunt: illa vero totius humanitatis consensu proprietati in perpetuum excepta sunt propter usum, qui cum sit omnium, non magis omnibus ab uno eripi potest, quam a te mihi quod meum est. Et hoc est quod Cicero dicit, inter prima esse justitias munera rebus communibus pro communibus uti. Scholastici dicerent, alia positive esse communia, alia negative: Th. 1.2. *qu.94. art. 5.* Cajetan. *tract. 17. quæst. 2. c.12.* Covar. *in cap. peccatum, de reg. jur. in 6. part.2. §.8.* Intellexit hoc convivator apud Atheneum, cum mare commune esse dicit; pisces autem capientium fieri. Et in Plautina *Rudente act.4. sc.3. v.36.* servo dicenti, *Mare quidem commune certo est omnibus*, assentit piscator: addenti vero, *In mari inventum est, commune est*, recte occurrit: *Meum quod rete, atque hami nacti sunt, meum potissimum est.* (3) Cæterum illa hic addenda interpretatio est, ut si quid harum rerum natura occupari possit, id eatenus occupantis fiat, quatenus ea occupatione usus publicus sive communis non impeditur. Quod merito receptum est: nam cum ita se res habet, cessat exceptio, per quam fit, ut in jus proprium non transeant. Aer occupari non potest, nisi simul terra occupetur: sed neque mare, nisi forte exigua sui portione, quæ in fundum privatum admittitur; quo modo accipienda *l. 14. de injur.* aut ædificando jactis in id pilis, aut molibus; quod cum fit, locus, & ædificium ejus fiunt, qui ædificavit, *l.2. §. adversus 8. l. 3. §. 1. ne quid in loc. pub. l. ergo 30. §.ult. hoc tit.* In litore vacuum quisque locum occupare per naturam potest, eumque occupando etiam suum facit, ut & id, quod in eo extruxerit *l.6. pr. h. t. de rer. div. l. quamvis 50. eod. de acq. rer. dom. l. 1. §. si quod si 18. de op. nov. nunt.* Etenim qui locus ita in mari aut litore occupatur, non simpliciter & absolute occupantis fit: sed dumtaxat interea dum occupat, dum ædificium manet: nam ædificio sublato, locus in pristinam causam quasi jure postliminii revertitur, *d. l. 6. & d. l. 14. §. 1. l. præscriptio 45. de usucap.* Sed neque simpliciter hæc occupatio & ædificatio concessa; verum, quod exigebat ipsa ratio juris gentium, cum hac conditione, si per eam publicus litoris aut maris usus non fiat deterior, *d. leg. 2. §. adversus 8. leg. 3. l. 4. ne quid in loc. publ.* Neque jus gentium violari existimo, si hinc arceantur peregrini in litoribus, quæ populus aliquis imperio sibi vindicat. Natura enim non ad hoc proprie litora produxit, ut cuilibet semper & promiscue jus esset partem eorum occupare, sed ut necessario maris usui inservirent, qui est navigatio; idque significari opinor verbis *& per hoc*, quæ non frustra hic expressa sunt; & in *leg. 2. §. 1. hoc tit.* ideoque etsi hic usus jure gentium semper communis manet & indivisus, sicut ipsius maris; jus tamen, quod dixi, in litore ædifi-

ædificandi, divisum jure gentium intelligi debet, quatenus litora imperio divisa, & publica, facta sunt alicujus populi, *arg. d. l.* 3. *ne quid in loc. pub.* Ita ferme Baro ad hunc §. *& d. l.* 2. Don. 4. *comm.* 2. *&* 9. Grot. 2. *de jur. bell. & pac. cap.* 3. *n.* 9. Idem fuse & eleganter *c.* 5. *mar. lib.* add. Ant. Fabrot. *in ration. ad l.* 9. *de leg. Rhod.*

(4) Hodie Veneti maris Adriatici, Baltici Rex Daniæ, magnæ Britanniæ Rex maris circumflui dominium sibi vindicant. Cæterum hoc late plerique damnant, imperium quidem in maris partem sinusve vicinos usurpare posse concedentes, sed sine jure proprietatis aut dominii; tum quia natura mare commune esse jubet, non permittit tantum; tum quia ne dominii quidem capax est, resistens occupationi & possessioni, unde dominia rerum cœperunt, *l.* 1 §. 1. *de acq. poss.* D. Grot. *d. cap.* 5. *mar. lib. & d. cap.* 3. *n.* 13. *de jur. bell.* M. Anton. Peregr. 8. *de jur. fisc. n.* 10. Alb. Gentil. *de acq. mar.* D. Tuld. *h. t.* 7. Existimat tamen idem Grotius, *d. cap.* 3. *num.* 10. non obstare jus naturæ, quo minus portio maris inclusa litoribus ejus populi propria fiat, cujus sunt litora, dum ea pars maris ad territorium comparati non major sit, quam diverticulum maris comparatum ad magnitudinem fundi privati. Nuper vero Joannes Seldenus, vir sane non vulgari eruditione præditus, tractatum edidit inscriptum *Mare clausum*, sive *de Dominio maris*; in quo summa ope offendere conatur, mare ex jure naturæ seu gentium omnium hominum non esse commune, sed pariter dominii privati seu proprietatis esse capax, ac tellurem: cui paradoxo vix occurri poterit ex Grot. *d. c.* 5. *mar. lib. &* 2. *de jur. bell. cap.* 2. *n.* 3.

(5) Illud constat, non facere contra jus naturæ aut gentium, qui recepto in se onere tuendæ navigationis adversus piraticas excursiones, juvandæque per ignes nocturnos & brevium signa, vectigal æquum imposuerit: quale fuit Romanum vectigal Erythræum, de quo Strabo *l.* 17. & quod in Ponto Byzantini exigebant δεκάτην, quodque jam olim Athenienses exegerant in Ponto eodem, memorante utrumque Polybio, Grot. *d. c.* 3. *n.* 14. add. Cæpoll. *in serv. præd. rust. c.* 26. Unde vere dicendum est, jure Venetos, aliosque præfatos Principes Marium dictorum dominium habere.

T E X T U S.

De fluminibus & protubus.

2. *Flumina autem omnia, & portus publica sunt: ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque.*

COMMENTARIUS.

1. *Quo sensu dicatur jus piscandi in flumine omnibus commune.*
2. *Non idem esse aquam profluentem, quod flumen.*
3. *Quo jure hodie flumina & portus, itemque piscatio censeantur?*

SEcundum genus rerum, quæ privati juris non sunt, publicæ in specie dicuntur, quæ quamvis & ipsæ in nullius dominium pervenerunt; imperio tamen divisæ sunt, & ditione ac potestate factæ alicujus populi. Ajo *ditione ac potestate*: nam quæ populi sunt patrimonia, ut metalla, salinæ, silvæ, agri vectigales, &c. ea quidem etiam publica dicuntur propter personam possidentis, *l.* 17. *de verb. sign. leg.* 14. *h. tit. de acq. rer. dom.* sed quia usu & jure, quo habentur, privata sunt, *l.* 2. §. *hoc interdictum* 4. *ne quid in loc. pub.* ad institutam disputationem non pertinent. Hujus generis sunt flumina, portus, alveus fluminis, quamdiu a flumine occupatur, & ex parte ripæ.

Flumina omnia) Scilicet perennia, nam torrentia, quæ hieme tantum fluunt, æstate solius exsiccantur, publica non sunt: *l.* 1. §. 3. *de flum.* ac ne flumina quidem proprie, ut recte D. Don. 4. *com.* 3. contra Hotom. 8. *obs.* 4. Marcianus *l.* 3. *hoc t.* caute addidit voculam *pene*; nempe διὰ τὰς χειμάῤῥους. Et quidem quæ flumina per eamdem regionem tantum labuntur, unde originem ducunt, tota sunt illius regionis; quæ vero diversa imperia alluunt, per partes earum gentium sunt, per quarum ditiones profluunt in mare. VINN. Hinc si limites duarum provinciarum constituunt, communia habentur, adeoque & novæ insulæ, in hujusmodi flumine natæ, vel communes sunt vel alterutrius provinciæ propriæ, prout vel in medio flumine natæ, vel alterutri ripæ propiores sunt. Ziegl. *de jure Majest. Lib.* 2. *cap.* 15. HEIN.

Et portus) Portus est locus in mari, aut flumine conclusus ac munitus, quo importantur, & unde exportantur merces: qua appellatione tamen continetur & statio, quæ est locus accommodatus ad naves recipiendas, ut tuto illic stare possint adversus injuriam prædonum ac tempestatum, *l. portus* 59. *de verb. sign. l.* 1. §. *stationem* 13. *de flum.* nostratibus *een Hee*. Veteribus proprie portus insulam notat, sive ædificium legitimo spatio atque ambitu a contiguis divisum: mercium impendendarum & conservandarum causa, & per synecdochen quamvis insulam sive domum, quæ proprio ambitu constat; ut in illo duodecim tab. *Cui testimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obvulgatum ito*. Vid. Fest. in vocibus *portus & insula*. Cujac. Brechæ. Goed. *ad d. l. portus*.

Jus piscandi omnibus commune) Usus fluminis publicus est jure gentium, §. *riparum* 4. *infr. eod. leg.* 4. *eod.* ac proinde unicuique licet in flumine publico navigare & piscari, *leg.* 1. *ut in flum. publ.* Idem usus est & portuum, ut hoc loco & *d. leg.* 4. (1) Ait; *omnibus commune est*, nempe omnibus iis, qui sunt ex populo, cujus fines flumen alluit, & quatenus alluit: ut in hoc distet hic usus ab earum rerum usu, quæ omnium hominum communes sunt, id quod ex præcedentibus satis colligi potest. Neque est quisquam, qui dubitet, quin usu navigandi aut piscandi in flumine exteri prohiberi possint. Notandum autem est discrimen fluminis & aquæ fluentis, unde usus utriusque nascitur diversitas. (2) Flumen est totum quid, unumque & idem corpus, quod mille abhinc annis fluit, *arg. l. proponebatur* 76. *de judic.* denique sub imperio eorum est, quorum finibus continetur. At aqua fluminis numero eadem non est, sed alia atque alia, & cum in perpetuo cursu sit, non magis loco contineri, aut cujusquam potestati subjici potest, quam aer & mare, quamdiu de medio cursu nihil de ea sumpseris. Hinc de usu judicandum. *Flumine integro* utimur ad navigandum & piscandum; qui usus jure gentium divisus est, quatenus flumina ipsa imperio divisa sunt, ac proinde non communis est omnium hominum, sed publicus eorum dumtaxat, quorum finibus continetur. Aqua vero fluminis utimur ad lavandum, potandum, aquanda pecori; qui usus communis est jure naturali omnibus concessus. De add. Jo: Fab. Baron. ad hunc Don. 4. comm. 3. De

te ædificandi in portu aut flumine nulla hic mentio. Et in portu quidem vix est, ut sine incommodo navigantium ædificari possit. In flumine autem publice cuilibet licet ædificare & destruere: dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat, *l. fluminum 24. de damn. inf. l.* 1. §. *non autem* 12. & §. *deinde* 19. *de flum.* Quo argumento adducor, ut credam etiam ædificatum fieri ædificantis, perinde ut ædificata in litore aut vicino litoribus mari ædificantium fiant. Cæterum quia hoc jure jam non amplius utimur, non est operæ pretium pluribus de his disputare. (3) Etenim flumina omnia navigabilia, & ex quibus fiunt navigabilia, jam pridem a Friderico Imp. inter regalia relata sunt, *cap. unic. quæ sunt regal. in usib. Feud.* eorumque proprietas facta Principis, vel populi, cujus ditione continentur; Bart. Jas. & alii *l. quominus* 2. *de flum.* Quod tamen non obstat, quominus usus fluminis adhuc publicus manserit: nam riparum, quarum proprietas privata est, usum esse publicum constat. Cæterum consuetudine locorum fere jam obtinuit, ut nemini liceat in flumine piscari, nisi qui jus illud vel emerit, vel conduxerit, vel alio titulo a Principe acceperit, vid. Cæpoll. *de serv. rust. præd. cap.* 42. Schn. *hic*. In hisce regionibus flumina omnia, quatenus finibus nostris continentur, lacus item, aliæque aquæ navigabiles, eorumque omnium alvei, hoc est, spatia, per quæ fluunt aut quæ occupant, ripa quoque, quatenus majore parte anni aquis tegitur, populi est. Ac proinde Hollandii & Westfrisii jus habent pro custodia fluminum vectigalia ac tributa imperandi, quippe usu eorum etiam exteris concesso. Jus piscandi quoque initio penes populum fuit, inde ad Principes translatum: ut nemo jam id juris habeat, nisi concessu Principis, & certis limitibus ac legibus circumscriptum. Plane in VVaterlandia, & quibusdam fluentis Kennemerlandiæ piscatio semper libera fuit: & singulis civibus etiamnum jus est in flumine aut lacu navigabili hamo piscari; Grot. *lib.* 2. *mand. cap.* 1. & 4. Groenevv. *de leg. abrog. hic & ibi alleg.*

TEXTUS.

Definitio litoris.

3. *Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.*

NOTÆ.

3. *Est autem litus maris*) *Quo fluctus eludit*. Definitio κατὰ μεταφοράν.

COMMENTARIUS.

Hoc §. 2. & *seqq.* quædam diligentius explicat, quorum usus vel communis est, vel publicus. Atque ut intelligamus, quatenus litore uti omnibus liceat, quid sit litus primo definiendum putavit. Ait litus esse, *quatenus hibernus fluctus maximus excurrit*: quomodo & Celsus definit. *leg. litus* 96. & Javolen. *l.* 112. *de verb. sign.* & jam olim ante eos definiverat Aquilius; teste Cic. *in Top. cap.* 7. Quam definitionem & ipse Cicero post aliquando fortassis arbiter sumptus, secutus est: non enim primus hoc constituit, ut plerosque credidisse Celsus refert. Ait, *hibernus*, quia hieme maxime mare exæstuat. Igitur litus est, quatenus fluctus maris eludit; atque hoc commune est omnium, sicut & mare: siccum vero litus sive ora terræ, quæ æstuum marinorum accessu non occupatur, populi regionis est.

TEXTUS.

De usu & proprietate riparum.

4. *Riparum quoque usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare: sed proprietas earum illorum est, quorum prædiis hærent: qua de causa arbores quoque in eisdem natæ eorumdem sunt.*

COMMENTARIUS.

1. *Non ut litora maris, ita ripas conditionem fluminis sequi.*

Ripa est id, quod flumen continet, naturalem cursus sui rigorem tenens, ita definitur ab Ulp. *l.* 1. §. *ripa* 5. *de flum.* Ait, *cursum naturalem*, ne quis putet, si quando flumen imbribus vel nivibus auctum excreverit, ripas idcirco mutare. Paulus ait, ripam esse, quæ plenissimum flumen continet, *l.* 3. §. 1. *d. tit.* ut significet, partem ripæ non esse spatium illud ripæ proximum, quod aliquando flumine caloribus minuto æstivo tempore non occupatur. Apparet autem ex sequentibus, ripam non tam anguste, ut nonnulli faciunt, accipiendam esse pro crepidine, aut labro amnis, sive pro sola extremitate alvei & terræ, quæ flumen continet, cujus extremitatis vix est ut ullus sit usus: sed aliquanto laxius pro spatio inter flumen & vicina prædia interjecto, ut ripa incipere intelligatur, ex quo a plano ad flumen vergit, *d. l.* 3. §. 2. *de flum.* quod & Pacius observavit in analysi sua.

Usus publicus est jure gentium) Usus riparum ita publicus est, ut fluminis, quinimmo ripæ usus nihil aliud est, quam ipsius fluminis, cum per ripam flumine utamur. Ideoque quæcumque sunt interdicta ad tuendum usum publicum fluminis, eadem sunt & conjunctim ad tuendum usum riparum, *l.* 1. & *passim. tit. de flum.* & *tit. ne quid in flum. publ.* Ait, *jure gentium*: quasi dicat, hunc usum atque hanc servitutem ripis a natura impositam esse, ut omnibus, quibus flumine uti jure gentium licet, etiam ripis ad eum usum uti liceat, cum nec flumine aliter uti commode possint.

Proprietas illorum est, quorum prædiis hærent) Hoc etiam diserte ait Cajus *l.* 5. *h. tit.* itemque Pomponius ex sententia Celsi, *l. ergo* 30. §. 1. *de acq. rer. dom.* Unde Neratius scribit, eum, qui in ripa fluminis ædificat, suum non facere, *l.* 15. *eod.* Quapropter quod Paulus ait, ripas fluminum publicas esse, *l.* 3. *de flum.* de usu, non de proprietate accipi debet. Nec enim audiendus est D. Hotom. qui Paulum a cæteris, & recte dissensisse putat. Nam quod ait, eodem jure partem fluminis singulas censeri debere, quo totum flumen, quod ita publicum esse constat, ut nec proprietate cujusquam sit, error est πολύς. τὴν ἄγνοιαν τοῦ ἐλέγχου, siquidem ripa pars fluminis non est, non magis quam continens contenti. Neque vero idem est ripa in flumine, quod litus in mari. Ripa fluminis non subjicitur, ut litora subjiciuntur mari, & quotidianis accessibus ab eo occupantur. At inquit, cujus juris est alveus, ejus-

ejusdem & ripas esse necesse est: certum autem est alveum proprietate nullius esse, *l. 1. §. simili modo 7. de flum. l. 7. §. quod si 5. de acq. rer. dom.* At, inquam, ut diversa sit alvei & riparum conditio, flumen facit, quod alveum occupat; ripas non item. Quid nec alveus simpliciter publicus est, ne tunc quidem, cum adhuc a flumine tenetur, sed quatenus flumen non obstat, adhuc pars censetur vicinorum agrorum; alioqui quo jure insula, manente adhuc alveo, in flumine nata vicinorum fieret; quod utique & ripæ proprietatem arguit vicinorum esse; qua de re amplius sub §. *insula 22. & seq. inf. eod.* Recte igitur Græci, *Basil. 46. tit. 6.* τῶν ὀχθῶν τῶν τοῦ ποταμοῦ οὐ λέγω δεσποτεία, ἀλλ' ἡ χρῆσις publica ἐστίν &c.

T E X T U S.

De usu & proprietate litorum.

5. Litorum quoque usus publicus est & juris gentium, sicuti & ipsius maris: & ob id cuilibet liberum est, casam ibi ponere, in quam se recipiat, sicut retia siccare, & ex mari deducere. Proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse: sed ejusdem juris esse, cujus & mare, & quæ subjacet mari, terra, vel arena.

N O T Æ.

5. Litorum quoque usus) *l. 4. l. 5. §. 1. l. 6. hoc tit.* atque omnibus patet, sicut & maris; Virg. 7. Æneid. *v. 229. Litusque rogamus Innocuum.* & 1. *v. 544. Hospitio prohibetur arenæ.* Ubi Serv.

Propritas eorum nullius) A populo tamen aliquo occupata illius populi esse videntur, *l. 3. ne quid in loc. publ.*

Ejusdem juris, cujus mare) Litora mari subjiciuntur, & ab eo quotidianis accessibus occupantur, & ideo naturam ejus sequuntur, *l. pen. hoc tit.* Ripa autem, ut flumini non subjicitur, nec ejus pars est, ita nec per omnia conditionem ejus sequitur.

C O M M E N T A R I U S.

DE litorum usu & proprietate jam intellectum est. Cæterum unum adhuc notandum, quod usum litorum dicit esse publicum, & juris gentium; ut intelligas, usum litorum publicum esse eo jure, quod commune est omnibus gentibus; quo scilicet significatu mare juris gentium esse dicit Cajus, *l. 4. hoc tit.* & Justin. *ƺ. 1. sup. eod.* atque in hoc differre ab usu riparum, qui publicus quidem est jure gentium, sed non juris gentium, hoc est, non communis omnium hominum, sed eorum duntaxat, quibus eo flumine uti jure gentium licet: cujus usus exteros communionem non habere antea demonstratum est. Eadem fere & Eguinarii Baronis, & Julii Pacii sententia.

Ejusdem juris, cujus & mare) Mare litora aliis usibus eripiendo sua fecit. Nam, ut ante quoque dictum est, litora mari subjiciuntur, & quotidie ab eo occupantur. Occupatum autem jus & conditionem occupantis sequi necesse est, *l. penult. hoc tit.* VINN. Adeo communia Romanis videbantur litora, ut fere cuivis liceret, non solum casas ibi ponere, in quas se reciperet, uti est in *hoc §. 5.* sed & palatia voluptatis causa exstruere. Et eo pertinet illa Horatii *lib. 1. 1. 11. Quæ* (hiems) *nunc oppositis debilitat pumicibus mare.* Quæ verba egregie illustrantur *dans l'histoire de l'Academie Royale des Inscriptiones & belles lettres. To. 2. p. 333.* HEIN.

T E X T U S.

De rebus Universitatis.

6. Universitatis sunt, non singulorum, quæ in civitatibus sunt, theatra, stadia, & hinc similia, & si qua alia sunt communia civitatum.

C O M M E N T A R I U S.

QUæ hic & apud Cajum *l. 6. §. 1. eod.* dicuntur universitatis, alibi etiam publica generali nomine appellantur; ut in *l. 5. de contr. empt. §. 2. inf. de inut. stip. §. ultim. infr. de empt. & vend.* nimirum quia in publico civium usu habentur. Ea igitur, quæ in pecunia aut patrimonio civitatis sunt: quorum usus singulorum non est, huc non pertinent: quamvis & ipsa collata cum iis, quæ propria sunt singulorum, publica quoque dicantur, *l. 7. §. 1. quod cujusq. un. nom. l. 15. & seq. de verb. sign.* Universitatis autem appellatio latior est, quam civitatis: nam & collegia & societates, aliaque hujusmodi corpora continet, quibus permissum est ad exemplum Reip. habere res communes, arcam communem, &c. *l. 1. quod cujusque un.* VINN. Recte distinguuntur res universitatis & patrimonia civitatis. Horum enim usus non est singulorum, adeoque nec obligationes circa illa, tum activæ, tum passivæ. Eo pertinet *l. 7. §. 1. ff. quod cujusve univ. nom.* HEIN.

Si qua alia communia civitatum) Ut basilicæ, porticus, balnea, fora, prata & pascua publica, in quæ sc. pecudes immittere singulis civibus jus est: item si quæ collegii alicujus aut societatis communia sunt, veluti pergulæ, ambulacra, ædes, peristylia, insulæ, stabula &c. Communis autem harum rerum usus non latius patet, quam ut publicus sit eorum, qui sunt ejusdem civitatis aut corporis. Hoc enim & superioribus omnino consequens est, & cum instituto convenit ejus, qui ea publicavit; si alii utantur, id permissu civitatis fit. Nemo sane dixerit, usum pascuorum publicorum adeo liberum esse, ut etiam non cives jus pascendi habeant. Ad hunc autem usum tuendum prodita est contra prohibentes actio injuriarum, *leg. 13. in fin. de injur.* Pertinet huc illud M. Tullii *3. de finib. cap. 20. Theatrum commune cum sit, recte tamen dici posse, ejus esse eum locum, quem quisque occupavit,* & *5. offic. cap. 17.* Viæ autem, per quas omnibus iter debetur, publicæ sunt, non Universitatis. Cujac.

T E X T U S.

De rebus nullius.

7. Nullius autem sunt res sacræ, & religiosæ, & sanctæ: quod enim divini juris est, id nullius in bonis est.

N O T Æ.

7. Nullius in bonis) *l. 6. §. 2. eod.* & ideo hæc quasi nostra vindicare non possumus, *l. 23. §. 1. ff. de rei vind.* *nullius*, nec proprietate, nec usu profano.

C O M M E N T A R I U S.

QUæ res divini juris sunt, per excellentiam dicuntur nullius esse, scilicet ex comparatione

earum

earum rerum, quæ cum & ipsæ nullius sint, usu tamen sunt singulorum, aut ita affectæ, ut in dominium singulis cedere possint. Etenim & quæ humani juris sunt publica omnia, quæ non in pecunia populi, sed in usu publico habentur comparata cum iis, quæ singulorum sunt, nullius in bonis esse dicuntur, *l. 1. h. t. l. 6. de cont. empt.* At in rebus divini juris hoc amplius est; quod ne usus quidem earum singulorum est. Feræ que bestiæ, volucres, pisces, &c. nullius sunt, si comparentur cum iis, quæ quisque jam actu habet ac possidet: at ea conditione sunt & natura, ut acquiri possint, & cedant occupanti, §. *feræ 12. inst. eod.* quod secus est in rebus divini juris. Etiam inter ea, quæ nullius sunt, Cajus, *d. l.* numerat res hæreditarias nondum adita hæreditate: quæ tamen effectu juris omni ex parte privatæ sunt, & hæreditatis esse finguntur, quæ tantisper personæ vicem sustinet, *l. hæreditas 34. l. hæreditas 61. de acq. rer. dom.* Res igitur divini juris sunt, quæ hominum potestati & promiscuo usui exemptæ, quomodo in solius Dei jure ac potestate habentur: quarum tres species hic proponuntur, sacræ, religiosæ sanctæ; quas singulas §§. deinceps expositurus est.

TEXTUS.

De rebus sacris.

8. *Sacræ res sunt, quæ rite per Pontifices Deo consecratæ sunt: veluti ædes sacræ, & donaria, quæ rite ad ministerium Dei dedicata sunt: quæ etiam per nostram constitutionem alienari, & obligari prohibuimus, excepta causa redemptionis captivorum. Si quis autem auctoritate seu quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum. Locus autem, in quo ædes sacræ sunt ædificatæ, etiam diruto ædificio sacer adhuc manet, ut & Papinianus scripsit.*

NOTÆ.

7. *Donaria*) ἱερὰ ἀναθήματα, κοσμήματα, ornamenta, Hesych. Macrob. 3. *Sat.* 11. ἱερὰ σκεύη, vasa sacra, *Nov.* 120. *cap.* 10.

COMMENTARIUS.

1. *Personam consecrantis qualem esse oporteat?*
2. *Donaria quæ Latinis dicta?*
3. *Sacra privata a publicis non forma consecrandi, sed fine distincta.*
4. *Profanum veteribus quid, & unde dictum?*

Rerum divini juris diximus esse tria genera: eaque, ut re, ita etiam nominibus apud nostros distincta sunt: quæ distinctio etiam in schedis Festi reperitur. Alia est apud Macrobium 3. *Saturn.* 3. Plerique autem his nominibus indiscrete utuntur. Ait, res sacras esse, *quæ rite jure Pontificis Deo consecratæ sunt.* Quæ definitio duo maxime complectitur, formam consecrandi, & personam consecrantis. Formam indicat particula, *rite*, id est, solemniter, more & instituto majorum, publice, non privatim, *leg. 6. §. sacræ 3. leg. 9. pr. eod.* Gall. Ælius apud Fest in voc. *Sacer.* Ovid. 1. *fastor. vers.* 610.

Templa sacerdotum rite dicata manu.

(1) De ritu veteri consecrandi vid. Alexand. ab Alex. VI. *gen. dier.* 14. Connan. 3. *comm.* 1. Personam consecrantis oportet rebus sacris præesse: quales apud Romanos erant Pontifices, ita dicta a ponte sublicio, quem quod sacer æstimaretur, in aliqua parte labantem solis Pontificibus reficere licebat, cæsa victima & sacrificio perfecto. Reliquorum quoque sacrorum omnium curam atque potestatem penes collegium Pontificium fuisse constat: de quorum officio accurate scribit idem Alex. ab Alex. II. *genial.* 8. Quid Principes? Etiam eos curam sacrorum & religionum sibi sumpsisse, cum apud alios Auctores, tum apud nostros legimus, ut in *leg. 8. de rel. & sumpt. fun. l. ult. ut in poss. leg.* & nominatim jus dedicandi, seu consecrandi; *in d. l. un. h. t.* An quia & ipsi plerumque Pontifices? Id sane testatur historia, & Dio *lib.* 53. expresse scribit, Principes inter alios titulos etiam Pontificis maximi dignitatem assumpsisse, ut omnes religiones & sacrificia in sua haberent manu. An vero hoc ideo dicitur, quia ut nonnulli volunt, sicut olim per legem Papiriam non licebat rem ullam injussu plebis consecrare, teste Cicer. *pro dom.* ita postea non licuit injussu principis, ut Pontifex quidem consecraret, & solemnia perageret: sed jussu & auctoritate Principis præcedente: maxime si locus publicus consecrandus foret, *arg. d. l.* 7. Principes Christiani curam sacrorum Episcopis reliquerunt, aliosque ritus atque cæremonias sublatis gentilibus substituerunt, quæ in dedicandis monasteriis, ecclesiis, domibus orationum observarent, vid. *Nov.* 67. & *Nov.* 131. *cap.* 7. Luculentum dedicationis templi extat exemplum 3. *Rom.* 8.

Donaria) Non solum ædes aut locus consecrari possunt, sed res etiam mobiles, ut ex memorato Galli Ælii apud Festum loco apparet, & hic significat Justinus verbo *donaria*: quo eum mobilia intelligere, puta vestes ἱερὰ σκεύη, vasa; aliaque utensilia divinis usibus dicata atque consecrata, ostendit *leg. sancimus 21. C. de sacros. Eccles.* (2) Neque hoc contra usum Latinorum scriptorum. Nam quæ Græci ἀναθήματα appellant ab ἀνατίθεσθαι, quod dicata Diis suspendebantur e tholis, columnis aut parietibus templi, ea Latini *donaria* dixerunt. Apud Macrobium 3. 13. legimus, *Ornamenta sunt clypei, coronæ, & hujusmodi donaria.* Virgilius pro locis accepit, in quibus dona oblata reponuntur, *lib. 3. Georg. vers.* 532.

—— Et aris
Imparibus ductos alia ad donaria currus.

Eamque propriam esse hujus verbi significationem notat Servius; cui suffragatur Cornelius Fronto: *Donum* inquit, *quod Diis datur, inde ubi dona ponuntur, donarium appellatur.*

Excepta causa redemptionis captivorum) Item pauperum alendorum tempore famis, si ita premantur, ut vitæ eorum succurrendum sit, *d. l. sancimus* 21. Debitorum quoque Ecclesiæ causa, si creditores urgeant, nec aliunde debitum exsolvi possit, *auth. præterea. Cod. de sacros. Eccles. Nov.* 110. *cap.* 10. *cap. aurum 12. qu.* 2. Bona Ecclesiastica huc non pertinent: quippe quæ humanis usibus serviunt, alendis scilicet Ministris verbi, aut pauperibus, quamvis & ipsa, causis quibusdam exceptis, prohibeantur alienari, *Nov.* 7. add. Schneid. *hic.* Gudelin. *lib. 6. de jur. c. 13. & 14.* Gloss. *in c. semel. de r. reg. jur. in 6.*

Si quis auctoritate sua) Id est, non publice, sed privatim, *leg. 6. sacræ 3. hoc tit.* (3) Quæsierit aliquis, cum Romanis nihil sacrum fuerit, nisi quod publice consecratum: qui fiat, quod nihilominus eos sacra habuis-

buisse privata legimus? Cic. 3. *de legib. l.* 1. *de titu nupl. l.* 9. §. 2. *ad l. Jul. pec. leg.* 4. *C. de crim exp. hær.* Resp. Distinctio illa non a forma dedicandi, aut personis dedicantium, sed a fine sumpta est: quod privata pro salute familiæ, publica pro populo consecrabantur, vid. Rosin. 3. *antiq. tit.* 6. Potuit sane quisque privatim suæ religionis causa aliquid Deo dedicare, quod pro sacro ipso haberet: verum id Pontifices Romani non æstimabant sacrum, ac proinde obstringebat religione successores: quod ex eodem Gallo Ælio apud Festum discere possumus, & M. Tullio *lib.* 12. *epist. ad Attic. epist.* 19. 34. & 35. VINN. Accurate distinguenda *sacra privata* Larium & Penatum, quæ & gentilitia & *sacra privata auctoritate constituta*. Illa legitima erat, ob leg. XII. tab. *sacra privata perpetuo manento*: Fest. voce *sacra*. Hæc illegitima, ob periculum ne sacra peregrina inveherentur. Ill. Bynkersh. *de relig. pereg. diss.* 2. Illa erant juris pontificum: exinde est quod pontificum auctoritas intercederet in arrogationibus, confarreationibus, &c. Hæc sacra non existimabant pontifices. Si ergo privata auctoritate sibi quis sacrum constituerat, *quasi consecratum* censebatur, dum ad religionem patriam pertineret. Et eo referenda loca Ciceronis, *lib.* 12. *ad Att. epist.* 19. 35. Sin religionem peregrinam saperet, profanum censebatur Bynkersh. *ibid* HEIN.

(4) *Profanum*) Varro 5. *de ling.* fana ait nominata esse, *quod Pontifices in sacrando fati sunt finem; inde profanum, quod est ante fanum: id est, conjunctim fano*. Trebatius profanum id proprie dici existimat, *quod ex sacro religioso in promiscuum hominum usum conversum est*. Macrob. autem *lib.* 3. *Saturn.* scribit, profanum omnes pene consentire id esse, quod *extra fanaticam causam sit, quasi porro a fano & religione secretum*. Ut ut est, constat, nostros res profanas sacris & religiosis opponere solere.

Adhuc sacer manet) *d. l.* 6. §. 3. Ideoque venire non potest, *l. æde sacra* 73. *de contr. empt.* Trajan. ad Plin. *lib.* 16. *ep.* 76. *Si sacra Claudii collapsa sit, religio ejus occupavit locum*. Plane quæ loca hostibus capta sunt, sacra esse desinunt: ut ea calamitate liberata, quasi postliminio pristinum statum recipiunt, *l. cum loca* 36. *de relig.* Cic. *phil.* 9.

T E X T U S.

De Religiosis.

10. *Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. In communem autem locum purum invito socio inferre non licet: in commune vero sepulcrum etiam invitis cæteris licet inferre. Item si alienus ususfructus est, proprietarium placet, nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere. In alienum locum consentire domino licet inferre: & licet postea ratum non habuerit, quam illatus est mortuus, tamen locus religiosus fit.*

COMMENTARIUS.

1. *Antiquos privata sepulcra habuisse extra urbem in agris; hodie autem fere in urbe mortuos sepeliri in locis publice ad eam rem destinatis.*
2. *Cenotaphium, seu tumulum inanem, religiosum non esse.*
3. *Ut locus religiosus fiat, necesse esse, ut is, qui mortuum infert, sit pleno jure dominus loci, & quædam consectaria inde deducta.*
4. *Verba hujus §. postrema tam commodum sensum habere, quam lectionem Codicis Fior. in Pand.*

R*Eligiosum*) Generali hujus verbi appellatione etiam sacra contineri arguit notatio vocis *religio*, sive a relegendo eam deducat cum Cic. *De nat. Deor.* sive cum S. Sulpitio, ut auctor est Macrob. 3. *Saturn.* 3. a relinquendo, sive a religando cum Lactantio 4. *Inst.* 28. At hic & passim in libris nostris strictius accipitur, & locum notat, ubi mortuus aut sepultus humatus est: quæ significatio & Festum Pompejum auctorem habet.

Unusquisque sua voluntate) Ad differentiam sacri. Locus sacer non fit, nisi publice per Pontificem sacretur: religiosus fit propria cujusque voluntate cadaver aut ossa inferentis in locum suum. (1) Notandum hic in transcursu, antiquos privata sepulcra habuisse extra urbem in agris, nam in urbe mortuos sepelire lege vetitum erat; Cic. 2. *de leg.* 23. *leg.* 3. §. *divus* 5. *de sepulcr. viol.* itaque aliis etiam populis in more positum fuit: qua de re consule Petr Greg. *lib.* 33. *Syntagm. cap.* 33. Quæ quisque sibi & familiæ suæ sepulcra constituebat, familiaria dicebantur, quæ sibi & hæredibus suis, vel quæ paterf. jure hæreditario acquisierat, hæreditaria, *l.* 5. *leg.* 6. *pr. de rel. & sumpt. fun.* Hodie autem, ut notum est, locis publicis ad sepulturam utimur a Magistratu sepeliendis mortuis destinatis: cœmeteriis fere, aut ipsis etiam Ecclesiis, in quibus tamen privatum sepulcrum habere nihil vetat, quod & hæredibus relinqui, & ad usum sepulturæ etiam aliis vendi possit, Grot. 2. *intr. cap.* 1. Monac. *in l.* 4. *C. de religios.*

Dum mortuum infert in locum suum) His verbis docemur, duo esse necessaria, ut locus fiat religiosus; ut in eum mortuus inferatur; ut inferatur a domino loci. Primo non consecratione, aut verbis solemnibus locus religiosus efficitur, sed illatione mortui: unde sepulcrum ab Ulp. definitur, ubi corpus, ossave hominis condita sunt, *l.* 2. *sepulcrum* 5. *de relig.* Ac ne totus quidem locus, qui sepulturæ destinatus est, corpore condito religiosus fit, sed quatenus conditum, aut humatum est; *dict.* §. *sepulcrum* 5. Ex quo efficitur, quod Divi Fratres rescripserunt, (2) Mausoleum inane sive monumentum purum memoriæ tantum causa factum, quod Græci κενὸν μνῆμα, & uno verbo κενοτάφιον appellant. Suetonius; c. 1. *in Claud. Tumulum honorarium*, religiosum non esse, *l.* 7. *h. t. l.* 6. *in fin. monumentum* 4. *de relig.* licet contra senserit Marcianus, motus auctoritate Virgilii, ut ipse ait, *l.* 6. *in fin. h. t.* Nec dubium, quin iis Poetæ versibus, quos ex *lib.* 3. *Æneid. v.* 303. citat Div. Gothof. ubi de Andromacha hæc ait Æneas.

> —— *Manesque vocabat*
> *Hectorem ad tumulum, viridi quem cespite inanem,*
> *Et geminas, causam lacrymis, servaverat aras.*

Similis locus est ejusdem Poetæ *lib.* 6. *v.* 150. ubi sic ad Deiphobum idem heros;

> *Tunc egomet tumulum Rheteo in litore inanem*
> *Constitui, & magno Maneis ter voce vocavi.*

Denique si ossa hominis aut corpus conditum duntaxat loco religionem afferunt, consequens est, ossibus, aut reliquiis effossis & translatis, locum religione solvi, *l. cum in universis* 44. §. 12. *de relig.* quamquam effodere vel eruere non licet sine decreto Pontificum aut jussu Principis, *l.* 8. *eod.* (3) Alterum, quod ad locum religione obstringendum necessarium esse diximus, est,

ut is mortuum inferat, qui est loci dominus: neque sufficit pro parte indivisa dominum esse, aut nudam loci proprietatem habere, sed necesse est, ut is qui infert, dominus sit in solidum & pleno jure. Hinc deducuntur hæc consectaria. 1. Nemini jus esse inferre in locum, qui in totum alienus sit; utique invito loci domino: nam consentiente eo inferre licet, & locus hac illatione religiosus fit, *hoc §. in fin. l. 6. religiosum 4. eod.* 2. Non licere inferre in locum communem purum invito socio: hoc item *text. l. 6. §. si quis 6. comm. div. l. 2. §. 1. in fin. de rel.* quod tamen sic computat Callistratus, ut aliquis ex sociis in communi loco etiam sine consensu cæterorum sepeliri possit, si non sit alius locus, ubi commode sepeliatur, *l. si plures 41. d. tit.* De loco puro a Jurisconsulto loqui apparet: nam in communi sepulcro quin unus ex sociis etiam obtinentibus ceteris, sepeliri possit, nulla dubitatio est: quippe cum ad hunc ipsum usum is locus comparatus sit, *d. l. 6. §. pen. h. t. l. 6. §. si quis 6. comm. & hoc text.* 3. Nam posse proprietarium invito fructuario inferre, aut locum religiosum facere, ut hoc item *§. & l. 2. §. si usumfructum 7. de relig. leg. locum 17. de usufr.* Quorum omnium hæc ratio est, ne domini, socii, fructuarii conditio sine facto eorum deterior fiat, re commercio exempta. Plane si proprietatis dominus testatorem intulerit, qui usumfructum legavit, cum in alium locum inferri tam opportune non posset, placet locum religiosum fieri, *d. l. 17. de usufr. d. leg. 2. §. 7. de relig.* 4. Postremo quod proprietario non licet invito eo, qui usumfructum habet, id multo minus huic licere debere, non concedente proprietario, *d. l. 2. §. 1. & 7.* VINN. Paucis noto, non semper verum esse quod n. 1. *ad hunc §.* notat Vinnius, locum factum religiosum non nisi quatenus corpus conditum aut humatum est. Plerumque enim religio occupabat certum spatium in frontem, & in agrum porrectum. Unde sæpe in marmoribus legimus: IN FR. P. X. IN AGR. P. XXI. Conf. Horat. *Serm. lib. 1. Satyr. 8. v. 12.* Unde & illud spatium maceriis includi consueverat, Barn. Brisson. *Antiq. lib. 3. cap. 15. & 16.* Sensus ergo *l. 2. §. ff. de relig.* est, non totum agrum, ubi conditum cadaver, religiosum fieri, sed locum tantum, qui sepulcro destinatus, & certo spatio finitus sit. Interpretationem hanc ipsa necessitas defendit. Alias enim apud Romanos, qui fere corpora cremabant, urna vix minimam agri partem religiosam reddidisset. HEIN.

Locum purum) Id est, qui humani juris est: βέβηλον, profanum, *d. leg. 2. §. purus 4. passim eod. tit.* Aliquando opponitur ædificato, ut in *leg. ultim. in pr. de pign. act.* Varro quoque *lib. 4. de ling.* scribit, plura loca appellari areas in urbe.

Licet postea ratum non habuerit) Ita vulgo hic legitur & apud Marcianum *d. leg. 6. §. religiosum 4. hoc tit.* unde hæc transcripta sunt. (4) Neque incommodum sensum habet hæc lectio: sufficit enim ab initio consensisse, cum quod semel placuit, postea displicere non possit, *c. quod semel de reg. jur. in 6. leg. nemo potest 75. eod. l. Cod. de obl. & act. in pr.*, aut Florentinis affirmative hic locus legitur, *Licet postea ratum habuerit*, nec minus recte: ut sit sensus; Licet locus alienus, in quem fine consensu domini mortuus illatus est, ab initio religiosus non sit, tamen si is postea consenserit, locum religiosum fieri; quod hæc sit natura ratihabitionis, ut mandato comparetur, *leg. semper 60. Cod. de reg. jur. cap. ratihabitionem π. eod. in 6.* Cæterum ut hoc quoque obiter addam, etsi illatione mortui in alienum locum locus non efficitur religiosus, non licet tamen domino propria auctoritate ossa illata, aut corpus tollere, *leg. 8. de relig.* sed actio ei in factum datur, per quam is qui intulit, aut tollere id quod intulit, aut loci pretium præstare cogitur, *leg. 7. d. tit.* Pretio autem præstito non est dubitandum, quin locus religiosus fiat. VINN. Lectione Florentina nihil sanius esse potest. Qui enim dici possit, dominum factum non ratum habere, in quod initio consensit? Unde & in *hoc §.* legendum: *licet postea ratum habuerit*. Nam ita & Theophilus legit; dum scripsit: *Sed & si quis inscio vel invito domino intulerit, & id ille cum rescisset, ratum habuerit, fiet & ita locus religiosus*. HEIN.

TEXTUS.

De rebus sanctis.

10. *Sanctæ quoque res, veluti muri, & portæ civitatis, quodammodo divini juris sunt: & ideo nullius in nobis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia pœna capitis constituta est in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo & legum eas partes, quibus pœnas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus*.

NOTÆ.

10. *Sanctiones vocamus*) *leg. 41. ff. de pœn.* Fest. in voc. *Sanctum*. Cicer. *Verr. 6. Nisi legis sanctionem pœnamque recitassem*.

COMMENTARIUS.

1. *Sancti appellatio quam late pateat?*
2. *Recte ne nostri etiam portas inter sancta numerent?*
3. *An capite plectendi & qui muros municipiorum violant?*

(1) Certum est, longe latius patere appellationem sancti, quam hic accipitur, idque vel ex Trebatio discere possumus, qui apud Macrob. 3. *Saturn.* 3. *Sanctum*, ait, *interdum idem esse, quod sacrum, idemque quod religiosum, interdum aliud, nimirum quod venerabile, incorruptum, inviolatum est*: quod & Macrobius confirmat adductis aliquot locis Virgilii. Proprie autem sanctum dicitur, quod vel ab injuria hominum defensum atque munitum est, *l. 8. h. t.* Hinc Legati jure gentium sancti habentur, *l. ult. de legat.* item Reges, teste Cic. *pro reg. Dejot.* Jure Romanorum tribuni plebis *sacrosancti*. Liv. *lib. 2. c. 33.* Fest. *in verb. sacrosanctum*. Aut quod sanctione quadam confirmatum atque subnixum est. Hinc leges & rogationes dicuntur sanctæ, quod eas impune transgredi non licet. Hinc denique muri quoque sancti, quia speciali sanctione contra violentium audaciam muniti atque confirmati sunt.

Veluti muri & portæ civitatis) *leg. 1. hoc tit. leg. 2. ne quid in loc. sacr.* Et muros quidem consentiunt omnes esse sanctos. (2) Cæterum de portis dissentire videtur Plutarchus, qui ἐν τοῖς Ῥωμαϊκοῖς muros ἱερούς, id est, sanctos esse scribit, portas non item, eo quod per eas cadavera efferantur; aliaque immunda per eas importentur, atque exportentur. Sed hoc ille longe alio sensu quam nostri, nimirum jus Pontificium ex libris ritualibus secutus. Quippe Romani in designanda urbe, adhibitis more Hetrusco certis sacris, muros aratro circumlabant, atque ambiebant; ubi vero portæ futuræ erant, id loci non sulcabant, ne quid religionis contraheret: sed aratrum suspendentes, portarum spatia relin-

relinquebant intacta. Consulatur Varro 5. *de ling. c.* 32. Lat. Alexand. ab Alexand. *6. gen.* 14. Alciat. *leg. pupillus* 239. §. *urb.* 5. *Cod. de verb. sign.* Cœl. Rhodig. *lib.* 14. *cap.* 5. Hinc mœnia jure Pontificio sancta habebantur, portæ non item. At nostri portas ideo inter sancta numerant, quia eas non magis quam muros violare fas est, aut aliquid in eis delinquere.

Quodammodo) Recte *quodammodo* τρόπῳ τινὶ. Neque enim proprie hæ res divini juris sunt, ut res sacræ & religiosæ, sed propter similitudinem, quam cum rebus sacris & religiosis habent, divini juris esse dicuntur, quia scilicet nec ipsæ cujusquam sunt aut proprietate aut usu promiscuo. Fortassis tamen muri, quod auspicato & solemni sacrificio signabantur, etiam proprie in rebus divini juris habiti sunt. Vid. Alciat. *d. loc.* Riccium *vindic. jur. promiss. cap.* 7. qui ob id hunc locum ita distinguendum putat, *veluti muri & portæ civitatis quodammodo divini juris sunt.*

Ideo autem muros sanctos) Notatio verbi *sanctus*. Marcianus, *l.* 8. §. 1. *h. t.* a sagminibus Legatorum deducit, id est, verbenis, seu herbis puris, quas Legati populi Romani ferre solebant, ne quis eos violaret. Sed quæ hic traduntur, & Festum auctorem habent in voce *sagmina*, & Aggenum Urbic. *in comm. ad Front.* qui utrumque & *sanctum* & *sagmina* a sanciendo, id est, confirmando, deducit. A sanguine tamen confictum esse hoc vocabulum, vel ex consuetudine sacrorum solemnium, quam Sallust. *in Catilin.* commemorat, putat D. Hotom.

(3) *Quia pœna capitis*) Violare muros capitale est: sicuti si quis scalis admotis, aut qualibet alia ratione transcenderit. Nam cives Romanos alias quam per portas egredi non licet: cum illud hostile & abominandum sit; nam & Romuli frater occisus traditur, quod murum transcendere voluerit. Hoc Pompon. *l. ult. hoc tit.* Marcus autem Tullius 3. *de offic. c.* 10. scribit, speciem utilitatis eo animum impulisse Romuli, cui visum erat utilius, solum se, quam cum altero regnare. *Omisit hic*, inquit, *& pietatem & humanitatem; & tamen muri caussam opposuit, speciem honestatis neque probabilem neque idoneam.* De muris municipiorum dubitatum est, an & qui eas violant, pœna capitis puniendi sint. Vulgo placet non esse; sed hujusmodi homines pro qualitate delicti arbitrio judicis extra ordinem plectendos, Bart. *in d. l. ult.* Ang. Mynf. Schneid. & alii *hic*. Quæ sententia sane benignior est. Nec obstat, quod etiam muri municipiorum sancti sunt, *leg.* 8. §. 2. *h. t.* Neque enim quicquid sanctum est, ejus violatio continuo capite plectitur: aut quod capite non plectitur, sanctum non est. Satis enim est ad hoc ut sanctum sit, ut ab injuriis hominum defensum, aut sanctione aliqua subnixum sit, *d. l.* 8. *in pr. l.* 9. §. 3. *eod.* Sane in bello si quis vallum transcendat, aut per muros castra ingrediatur, capite punitur, *l.* 3. §. *nec non* 17. *de re milit.* vid. Gothofr. Bus. ap. *d. ult.* & Autumn. *ibid. in confer. jur. Franc.*

Ideo & legum, &c. sanctiones vocantur) *l. sanctio* 41. *de pœn.* Cicer. *in Verr.* 6. *Nisi legis sanctionem pœnamque recitassem.* Inconcinna autem est illatio. Fortassis ab effectu ea pars legis, qua pœna constituitur παρὰ κλασία τῦ νόμυ, speciatim sanctio dicitur, quia efficit, ut leges sua auctoritas & sanctitas constet *arg. d. l.* 9. §. 3. *hoc tit.* nam generaliter leges ipsas sanctiones vocari, satis notum est. Scholiastes ad illud Horatii: *Sanctarum inscitia legum: Aut participium est a Sancio, id est, firmarum: aut sanctarum, id est, sacrarum, ut fœdus sanctum dicitur & sacrum.*

TEXTUS.

De rebus singulorum.

11. *Singulorum autem hominum multis modis res fiunt. Quarumdam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium; quarumdam vero jure civili. Commodius est itaque a vetustiore jure incipere. Palam est autem, vetustius esse jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit. Civilia autem jura tunc esse cœperunt, quum & civitates condi, & magistratus creari, & leges scribi cœperunt.*

COMMENTARIUS.

1. *Quæ in hac secunda parte hujus tituli potissimum spectanda?*
2. *Perperam in hac disputatione dominio opponi commercium.*
3. *Quid sit dominium, & quam large nonnumquam ea vox usurpetur?*
4. *Modos acquirendi jure gentium dominii ad duos commode revocari.*

SEcunda pars hujus tituli, cui respondet titulus π. 1. *De acquirendo rer. dominio.* Huc usque disputatum de differentia & jure earum rerum, quæ extra patrimonium sunt. Sequitur nunc alterum rerum genus, earum videlicet, quæ sunt in patrimonio: quæ ob id etiam privatæ dicuntur & singulorum propriæ. Hæ res varie item distingui possunt. Nam primo quædam sunt universales, quæ vel rationem totius habent ut hæreditas, universum alicujus patrimonium, vel generis ut fundus, homo, vestis: quædam singulares; ut hic fundus, hic homo, hæc vestis. Quædam item corporales sunt: quædam incorporales; de quibus *tit. seq.* Corporalium iterum quædam mobiles aut se moventes, quædam immobiles, *l. moventium* 93. *de verb. sign. l.* 15. §. 2. *de re jud.* (1) Duo vero præcipue hic nobis spectanda, id quod in hisce rebus singulorum est, ejusque acquisitio. Quod singuli in his rebus habent, id vel est jus in rem: vel jus ad rem. Jura in rem sunt hæc, dominium, (tum plenum, tum minus plenum, quod quasi dominium & utile vocant; qualia sunt jus emphyteuticum & superficiarium) usus, ususfructus, jura prædiorum, jus possessionis, pignus sive hypotheca Jus ad rem est, quod uno nomine dicitur obligatio sive creditum. Jus in rem D. Grotio est *beheering.* jus ad rem sive in personam, *inschult.* Idem jus in rem distinguit in jus possessionis, *besit-recht*; & jus dominii, vel quasi, quod *eygendom.* vocat; eaque voce reliqua in re jura comprehendit, *lib.* 2. *manud. cap.* 1. Doctissimus Diod. Tuldenus dominio non obligationem, sed commercium opponit. (2) Non recte, ut mihi videtur, in disputatione proposita. Nam commercium non est res externa, quæ in bonis nostris computatur, quam acquirere, alienare, legare, hæredibus nostris relinquere possumus, qualis est obligatio; sed Jus personæ, quod non omnes, qui in civitate sunt, habent. Est enim jus emendi, vendendique, aut potius jus contrahendi cum aliquo, *l.* 5. *de just. & jur. leg. quod si minor* 24. §. 1 *de minor.* Ulp. *tit.* 19. §. 4. Unde quæ res vendi, in stipulationem aut conventionem deduci non possunt, commercio di-

 cun-

cuntur exemptæ. Denique obligatio, quæ ex maleficio oritur, etiam hoc pertinet: at eam nolim dicere esse ex commercio. Nam commercii significatio apud Latinos tam late non patet, quam apud Græcos συναλλάγματος, ut tam συναλλάγματα ἀκούσια, quam ἑκούσια, complectatur. Quod ad acquisitionem attinet, ea quoque non est unius modi: aliter enim dominium & jura illa in re a dominio separata acquiruntur, aliter obligatio sive creditum, sicut ex progressu apparebit: in quo si forte methodi leges non satis accurate Compositores observarint, id non tam in iis reprehendendum, quam sæculo condonandum est. (3) De modis acquirendi dominii ut præcipui & summi in rebus juris, initium faciunt. Dominium est plena in rem potestas, §. *ult. inst. de usufr.* sive jus de re pro arbitratu statuendi, *l. in re* 21. *C. mand.* Hoc idem jus a re quæsita proprietas dicitur, *l.* 7. §. *ex diverso* 12. *l.* 23. *h. t. de acq. rer. dom. l.* 12. §. 1. *de acq. poss.* quamquam proprietatis vocabulo sæpe in jure nostro nuda proprietas significatur: a qua scilicet ususfructus separatus est, ut passim in *tit. de usuf.* quod & in voce dominii contingit, *l.* 6. §. *ult. C. de bon. quæ lib.* & videntur Veteres dominium proprie de re corporali dixisse, *arg. tit. Pand. de acq. rer. dom. & tit. Pand. & C. de rei vind.* ut tamen interdum largius eamdem vocem acceperint de omni jure, quo res aliqua nostra est, ut in *l.* 17. *quib. mod. us. am. l.* 10. §. 3. *h. t. l.* 3. *si usufr. pet.* quo loco & possessio de re incorporali simpliciter prædicatur, quam tamen propriam esse constat rerum corporalium. VINN. Quæ hic de speciebus juris in re disputat auctor doctissimus, altioris sunt indaginis. Non erat, quod seorsum inter jura in re recenseret usum, usumfructum, jura prædiorum, quum sufficiat, nominasse *servitutem*. Deinde nescio, qui omitti potuerit jus hæreditarium, quod jus in re esse patet ex *l.* 9. *l.* 19. *ff. de hæred. perit. l.* 1. §. *fin. ff. si quadr. paup. l.* 6. *ff. de relig.* Deinde jus possessionis non esse jus in re, vel inde patet, quod amissa possessione locum non habet actio realis adversus quemcumque possessorem, sed remedium personale *unde vi leg.* 7. *ff. de vi.* Vid. B. Huber. *Præl. ad Inst. l.* 4. *tit.* 15. §. 2. Zach. Hub. *lib.* III. *diss.* 5. *c.* 11. §. 17. *seq.* HEIN.

Multis modis) Privata nulla sunt natura, ait M. Cicero *lib.* 1. *de offic. c.* 6. sed aut veteri occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, ut qui bello potiti sunt.

> *Nam propriæ telluris herum natura nec illum,*
> *Nec me, nec quemquam statuit:*

(4) Horatius *lib.* 2. *sat.* 2. *v.* 129. *seq.* Modi acquirendi multi sunt & varii, tum jure gentium, tum jure civili; qui tamen ad paucos memoriæ causa commode revocari possunt; & mea quidem sententia, qui ex jure gentium sunt commodissime ad duos. Quicquid enim jure gentium nobis acquiritur, id vel facto nostro seu occupatione acquirimus, vel vi & potestate rei nostræ. Occupationis enim species sunt non tantum venatio, aucupium, piscatio; sed etiam specificatio, inventio, & apprehensio rerum, quæ nullius sunt, quæve dominum habere desierunt, quæ ex hostibus capiuntur, postremo etiam, quæ transferuntur voluntate domini; quæ omnia suis locis demonstrabimus. Vis ac potestas rei nostræ duplex est; ut quidquid ex re nostra nascitur, nostrum sit, ut quæcumque rei nostræ accedunt, rem nostram ejusque conditionem sequuntur: quorum alterum generali nomine fœtura appellari potest, alterum accessio. VINN. Sed parum concinna hæc partitio est. Rectius dixeris, modos acquirendi vel *originarios esse*, vel *derivativos*. *Originarie* acquiri res, quæ in nullius sint dominio & quidem *simpliciter* substantiam rei acquiri per OCCUPATIONEM. *Secundum quid*, quæ rei nostræ accedunt, per ACCESSIONEM. *Derivativum*, quo dominium ab uno ad alium transfertur, esse unicum, TRADITIONEM. Ad hos modos reliqui omnes commode referuntur. HEIN.

Quo appellatur jus gentium) Hoc ideo additum, ne quis putet, hic intelligi jus naturale, quod omnium animantium inter se commune est, sed quod proprium est generis humani: sive, ut Cajus *l.* 1. *hoc tit.* explicat, id, quod ratione naturali inter omnes homines peræque observatur. Et perpetuum hoc esse scribit Castrens. in *l.* 1. *de pact.* ut jus naturale, cum ad actus refertur, qui hominum proprii sint, pro jure gentium seu humano accipiatur. Proprium autem hominis est habere in dominio. Quod autem ait Justinianus, hoc jus cum ipso genere humano proditum esse, id de jure gentium primævo recte dicitur, de secundario non item: ex quo tamen sunt nonnulli acquirendi modi, de quibus hoc titulo agitur. Respexit fortassis Imperator formas rerum acquirendarum præcipuas, quæ ex illo jure antiquo originem habent. Cæterum & de jure gentium secundario, eoque quod pro certo rerum statu naturale est, hæc accipienda πατρικῶς.

T E X T U S.

De occupatione ferarum.

12. *Feræ igitur bestiæ, & volucres, & pisces, & omnia animalia, quæ mari, cælo, & terra nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt. Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur: nec interest feras bestias, & volucres utrum in suo fundo quis capiat, an in alieno. Plane qui alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest a domino, si is providerit, prohiberi, ne ingrediatur. Quicquid autem eorum ceperis, eo usque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coercetur. Cum vero tuam evaserit custodiam, & in libertatem naturalem sese receperit, tuum esse desinit, & rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persequutio.*

N O T Æ.

12. *In suo fundo, an alieno*) Quocumque enim loco feræ sunt, dummodo sint in libertate naturali, nullius sunt. Hæc mirifice conveniunt cum traditionibus Hebræorum; de quibus Selden. *de jur. nat. juxt. disc. Hebr. cap.* 4.

Prohiberi, ne ingrediatur) Nam in prædio alieno invito domino venari non licet, *l.* 16. *ff. de serv. pr. rust.* & si quis id fecerit, tenetur actione injuriarum, *leg.* 13. §. *ult. de injur.* Cæterum captum nihilominus capientis fit; quia prohibitio conditionem animalis non mutat.

Difficilis Non tantum ergo, si impossibilis, ut male Accurs. *l.* 5. *pr. l.* 44. *eod.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Unde æstimandum, utrum animal ferum sit, an mansuetum?*
2. *Feras etiam in fundo alieno captas fieri capientium, & quid de piscibus captis in alieno stagno?*

3. *Quid*

3. *Quid si quis fundum alienum contra prohibitionem domini ingressus feram ceperit?*
4. *Venando capta non diutius nostra manere, quam quamdiu in potestate nostra sunt.*

EX modis rerum jure gentium acquirendarum primus & præcipuus est occupatio: quæ quam late pateat ex iis, quæ paulo ante dicta sunt, intelligi potest. Hoc loco, & quatuor §. *seqq.* descriptis, ex *l. 3. & l. 5. eod.* agitur de ea occupatione, quæ ferarum est, & venatio in genere appellatur: cujus species sunt, venatio quadrupedum, aucupium, piscatio. Igitur feræ bestiæ, quadrupedes, pisces, simul atque ab aliquo captæ, hoc est, apprehensæ & in manum ac potestatem alicujus reductæ sunt, jure gentium statim illius esse incipiunt. Estque hoc genus acquisitionis longe antiquissimum, ipsaque adeo lege creationis concessum, *cap. 1. Genes. & Psalm.* 8. Quæ & Stoicorum sententia est, teste Cicer. 1. *offic. 6.* & Aristotele 1. *pol.*4. cum ajunt omnia, quæ in terris gignuntur, ad usum hominum naturam creasse.

Feræ) Ferum est, quicquid a cicure discretum est: nam feras generali nomine appellamus omnia animalia, quibus a natura vis insita est libere vagandi in terra, mari, aere; unde feras a ferendo dictas volunt, quod naturali suo impetu ferantur, vel quod e conspectu hominum se auferant in solitudines. Neque excludimus, quæ hominum commercio mansuefacta sunt. Nam utrum ferum sit animal, an mansuetum, ex natura æstimandum est, non ex assuefactione, §. *paconum* 15. *infr. eod.* (1) Cæterum quæ hoc §. traduntur, ad occupationem earum ferarum pertinent dumtaxat, quæ vel a nullo adhuc occupata sunt, vel occupatæ naturalis suæ libertatis iterum factæ sunt compotes.

Cælo) Cælum pro aere, οὐρανὸν εἴωθε, κατὰ τὸ τῶν ἰδιωτῶν ἔθος. τὸν ὑπὲρ ἡμᾶς ἀέρα μέχρι τῆς χώρας [illegible]. Galen. comm. 2. *in* 2. Hipp. *de morb.* atque ita etiam sacri scriptores accipiunt, *Matth. cap. 6. vers.* 26. ἐμβλέψατε εἰς τὰ πετεινὰ τοῦ οὐρανοῦ.

Quod ante nullius est) Modo ita affectum sit, ut alicujus esse possit: nam res, quæ commercio hominum exemptæ sunt, ut res divini juris & publicæ, satis constat, ad hanc regulam non pertinere, quamvis & ipsæ nullius sint: nec item res hæreditarias, quas quamdiu hæreditas adita non est, inter res nullius numerat Gajus, *l. 1. de rer. div.* nam hæreditas interim pro domino est; *leg. non minus* 31. §. 1. *de hæred. instit.* Simile axiomati proposito est illud Quintiliani *decl.* 13. *Quod omnibus nascitur, industriæ præmium est.* Plaut. *in Rudent. act.* 4. *SC.* 3. *Meum, quod rete atque hami nacti sunt.*

Nec interest, utrum in suo fundo) Amplificatio regulæ positæ, nimirum etiam in fundo alieno capta capientium fieri; cujus amplificationis ratio non est obscura. Nam quocumque loco feræ sunt, dummodo sint in libertate naturali, nullius sunt, & consequenter transeunt in jus occupantis. (2) Igitur & pisces, qui in alieno stagnu sunt, & feræ, quæ in sylvis circumseptis vagantur: quoniam relictæ sunt in naturali libertate, *l. 3. §. item feras* 14. *de acq. poss.* Scio, hoc displicere Hotomanno & VVesembecio. Sed profecto si pisces isti aut feræ a nobis non possidentur, quod diserte scribit Paul. *dict. loc.* consequens est, nec eorum nos dominos esse; cum hæc sit natura omnium ferarum, ut dominium earum nec acquiri sine possessione possit, nec retineri, quod vel unicus hic §. eos docere debuerat. Concedo tamen, spectandam hic esse locorum consuetudinem, ut & in aliis plerisque, quæ hujus argumenti sunt. Et nostro sæculo contraria opinio prævaluit, ut & feræ sylvis privatis, & pisces stagni inclusi, ut possideri, ita & in dominio esse credantur. Grot. 2. *de jur. bell. & pac.* 8. *n.* 2. D. Tulden. *hic cap.* 17. Quod veteres tum demum admittebant, si feræ vivariis, pisces piscinis inclusi forent, *dict. l.* 3. §. *item feras*, 14.

(3) *Potest a domino prohiberi*) Quid si nihilominus ingressus sit, & feram ceperit? Vulgo placet, adhuc eam occupantis fieri, & recte. Nam id regulæ superiori omnino consequens est. Non obstat, quod in prædio alieno domino invito venari non licet, *leg. 16. de serv. rust. præd.* nam prohibitio ista conditionem animalis mutare non potest, neque efficere, ut id quod captum est, fiat prohibentis: alioqui non nuda prohibenti actio injuriarum pateret, *l.* 13. §. *ult. de injur.* sed rei vindicatio & condictio furtiva, vid. Christin. *volum.* 5. *dec.* 84. *num.* 17. & *seq.* Excipit Angel. & post eum Cantiuncula, nisi fructus fundi in venatione, aucupio & piscatione consistat, *arg. l. venationem 26. de usur. l. 9. §. aucupiorum 5. de usufr.* Sed enim si illa vere in fructu sunt, ne inscio quidem domino aut ingressum non prohibente capta capientis fient. A communi sententia recedunt Cujac. 4. *obs.* 2. VVesemb. ad Schneid. D. Tuld. *hic cap.* 16.

Eousque tuum esse intelligitur &c.) Alia superioris propositionis amplificatio, videlicet eam etiam procedere, etsi fera jam ante capta sit ab aliquo, si ea in naturalem libertatem postea se receperit. (4) Nam quod venando per occupationem acquisitum est, id non diutius nostrum manere, quam quamdiu in potestate nostra & custodia sit: ubi vero evaserit custodiam nostram, & in laxitatem naturalem se receperit, desinere nostrum esse, & rursum fieri occupantis, *l.* 3. §. 2. *eod.* Christin. *d. dec.* 84. *n.* 20. Quod ut singulare notandum est in dominio ferarum: nam aliarum rerum dominium etiam amissa possessione retinetur. Cæterum ne quis hic judicii æquitatem desideret, placuit, ita demum custodiam prioris domini animal semel captum effugisse, & libertatem naturalem recepisse videri, si sic evaserit, ut vel oculos domini effugerit, vel sit quidem adhuc in conspectu ejus, sed ita, ut sine summa difficultate id persequi non videatur, *d. l.* 5. *in pr. l. Pomponius* 44. *hoc tit.* Qua in re quod bonus judex arbitrabitur, sequendum erit. Gloss. Porc. Cantiuncula *hic.*

T E X T U S.

De vulneratione.

13. *Illud quæsitum est, an si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intelligatur. Et quibusdam placuit, statim esse tuam, & eousque tuam videri, donec eam persequeris: quod si desieris persequi, desinere tuam esse, & rursus fieri occupantis. Alii vero putaverunt, non aliter tuam esse, quam si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quod multa accidere solent, ut eam non capias.*

N O T Æ.

13. *Non aliter quam si ceperis*) *d. leg.* 5. §. 1. Non enim spe & animo feræ nostræ fiunt, sed manu & occupatione, *l.* 55. *eod.*

Multa accidere solent) Sicut est in adagio Græco,

πολλὰ μεταξὺ πέλει κύλικος καὶ χείλεος ἄκρα, *Inter os & offam multa intervenire possunt*, Gell. 13. *cap.* 16.

COMMENTARIUS.

1. *Non vulneranti, sed capienti feram concedi.*
2. *Cur cum fera statim ut capta est, nostra fiat, non statim quoque ut elapsa est, nostra esse desinat?*
3. *Quibus moribus hodiernis circa capturam ferarum jus sit, ejusque defensio & interpretatio? num.* 4. & 5.

(1) Fuere ex prudentibus, interque eos Trebatius, qui existimabant, feram bestiam, si ita a venatore vulnerata sit, ut capi posse videatur, statim venatoris esse, ejusque tamdiu manere, donec illam persequatur. Verum hæc sententia ideo displicuit, quia ex superiore regula, non vulneranti & persequenti, sed occupanti & capienti fera conceditur. Non potest autem dici, feram cepisse, qui spem tantum capiendi habet, cum multa accidere possint, quæ spem istam frustrentur, & ut fera evadat, *l.* 5. §. 1. *eod.* Πολλὰ μεταξὺ πέλει κύλικος καὶ χείλεος ἄκρα, ut in adagio Græco. Atque ita judicatum refert Christin. *vol.* 5. *dec.* 84. *n.* 32. Grotius *lib.* 2. *man. cap.* 4. notant, cum qui feram ab alio excitatam capit, quamvis dominus feræ fiat, tamen ut inciviliter venantem eo nomine a ministris Saltuarii mulctari posse. Cur vero, inquis, cum fera statim ut capta est, nostra fiat, non & ex contrario semel capta, si postea elapsa sit, statim nostra esse desinit, sed tamdiu nostra manet, quamdiu eam cum spe recuperandi persequimur? (2) Nimirum quia possessio, ex qua dominia rerum jure gentium cœperunt, facilius retinetur, quam acquiritur. Ad acquisitionem non sufficit rem esse in conspectu nostro, ejusque apprehendendæ animum & spem aliquam habere: sed manu occupanda & corporaliter apprehendenda est, *leg.* 1. §. 1. *leg.* 3. §. 1. *de acq. vel amitt. poss.* Ad retinendam autem possessionem semel quæsitam solus animus sufficit, *dict. leg.* 3. §. *solius* 11. *leg.* 1. §. *quod vulgo* 25. *unde vi*: eumque animum tamdiu retinere intelligimus, quamdiu non vana spes est fore, ut mox rem recuperemus; at spe recuperandi sublata, jam animum quoque possidendi nos desinere habere, *fac. dict. l.* 44. *hoc tit. leg.* 6. §. *ultim. de acq. poss.* (3) Nostro jure fiunt quidem feræ etiam occupantium; sed non promiscue omnibus venari permissum est: nam Principes sibi fere hoc jus vindicarunt, saltem quoad certa genera animantium, certosque capiendi modos. Feras minores; puta lepores, cuniculos, nobilibus etiam capere licet certis anni temporibus, dum ne capiant in locis Principi specialiter reservatis: quod jus & nonnullis aliis ratione officii concessum, qui legibus saltuariis continentur. Aucupii laxior libertas, excepto quod longo tramite aucupari solius Principis jus est. De jure piscandi alibi a me dictum. Adi Grot. *lib.* 1. *manud. cap.* 4. ubi latius hæc persequitur. Non solum autem legibus nostris, sed propemodum omnium Rerumpub. & Regnorum constitutionibus modus venationis præscriptus est. Constitutione Friderici Imperatoris vetatur rusticis retia, laqueos, aut alia instrumenta ad capiendas feras tendere, nisi ad ursos, apros vel lupos capiendos: quas bestias credibile est ideo exceptas esse, quia tanta earum diritas est atque immanitas, ut publice intersit eas ab omnibus necari: *lib.* 2. *Feud. tit. de pace tenend.* 27. *si quis.* Jure Canonico venatione interdictum Clericis, ne hac voluptate capti cultum divinum deferant, *cap.* 1. & 2. *de Cler. venat. lib.* 5. *decret.* Sunt qui existimant, non posse citra injuriam lege civili aliquos impediri, ne feras capiant, captasque suas faciant, quoniam jure naturæ, quod immutabile est, hoc omnibus licet, Tiraq. *de Nobil. cap.* 37. *num.* 144. Menoch. *cons.* 298. *n.* 48. *lib.* 3. & alii relati apud Fachin. *lib.* 1. *contr. cap.* 4. Sed verius esse posse. Est enim hoc jus ex jure naturæ permittente, non præcipiente ut semper liceat. Jam vero etsi lex civilis nihil potest præcipere quod Jus naturæ prohibet, aut prohibere quod præcipit; potest tamen libertatem naturalem circumscribere, & vetare quod naturaliter licebat, atque etiam ipsum dominium naturaliter acquirendum vi sua antevertere, D. Grot. 2. *de jur. bell. cap.* 2. *num.* 5. & *tit.* 3. *num.* 5. Quæ etiam est sententia Covart. *in prælect. cap. peccatum de reg. jur. in* 6. *p.* 2. §. 8. cum ait feras, volucres, & cætera animalia jure naturæ non esse communia positive & affirmative, quia omnium propria sunt; sed negative, quia nullius sunt, & jure naturali nulli sunt applicata: ac proinde posse lege humana uni potius quam alteri ex justa causa concedi. Non obstat igitur, quod sæpe in libris nostris legimus, jure naturæ liberum esse talia animalia venari. Hoc enim verum est, quamdiu nulla lex civilis intercedit, sicut leges Romanæ res multas reliquerunt in suo primævo statu, de quibus aliæ gentes aliud constituerunt. Cum autem lex civilis aliud constituit, eam observari debere jus ipsum naturæ dictat. Unde autem nata est tanta juris quondam communis mutatio? Opinor partim ex consensu populorum, qui jus venandi in compensationem curarum & gubernationis Principibus ultro reliquerunt: partim ex ipsorum Principum potestate, quibus visum sit publicum expedire, ut communi licentiæ frænum injiceretur; tum ne tota tandem species multitudinem venatorum vastaretur, tum ne rustici & plebeji homines studio venationis ab agricultura, aut opificiis avocarentur: & fortassis ob alias etiam causas, quas videre est apud VVesemb. *parat. de acq. rer. dom.* Covarr. *præd. loc.* Fachin. 1. *contr.* 1. Card. Tusc. *pract. concl. jur. vol.* 8. *V. concl.* 41. Christin. *vol.* 5. *dec.* 84. *num.* 37. & *seqq.* Illud scire operæ pretium est, non acquisitioni animalis capti, sed juri venandi derogatum esse. Unde si homo plebejus, aut quis alius, cui jus venandi non est, feram venando ceperit, licet incidat in pœnam legibus constitutam, fere tamen nihilominus illius fit: & quamvis capta jubeatur capienti auferri, id non tam ideo fit, quia capientis facta non est, sed quasi ab indigno & pœnæ causa. Eadem plane ratione qua laquei, jaculi, aliaque id genus instrumenta venatoria hujusmodi hominibus adimuntur. Quod si vero id, quod ita captum est, alteri bona fide accipienti ex justa causa traditum sit, adimi hoc ei non poterit; neque enim furtivum, aut alienum possidet, ut ab eo vindicari queat. Neque dici potest pœnam legis mereri, qui nihil deliquit, nihil contra legem fecit, *leg. aliud est fraus* 131. *de verb. sign.* Huic non absimile est, quod de fera in alieno fundo capta diximus, eam capientis fieri, quamvis in alieno venari invito domino non liceat. Ita Covarr. *d. l.* 8. *n.* 5. & *seq.* Christin. *ubi sup. n.* 17. Gudelin. 2. *de jur. nov. c.* 2. Zybæus *notab. jur. Belg. de jur. fisc.* & *tit. de venat. ferar.*

T E X T U S.

De apibus.

14. *Apium quoque fera natura est. Itaque apes, quæ in arbore tua consederint, antequam a te alveo includantur, non magis tuæ intelliguntur esse quam volucres quæ in arbore tua nidum fecerint, ideoque si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque si quos effecerint, eximere quilibet potest. Plane integra re, si prævideris ingredientem fundum tuum, poteris eum jure prohibere, ne ingrediatur. Examen quoque, quod ex alveo tuo evolaverit, eo usque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est: alioquin occupantis fit.*

COMMENTARIUS.

1. *Omnes apes natura feras esse, non eas solas, quas rei rusticæ scriptores sylvestres appellant.*

QUia de quibusdam animantibus dubitari poterat, sintne natura fera, an mansueta, & maxime de apibus, pavonibus, columbis, gallinis & anseribus, non abs re est, quod hoc loco nos Imp. docet, quo numero hæc animantia habenda sint. Ambigi primo potest de apibus, quippe quas Plinius tradit, nec mansueti generis esse, nec feri, *lib. 11. nat. hist. cap. 5.* Varro *lib. 3. de re rust. cap. 16.* in feras & cicures distinguit, uti & Columel. *lib. 9.* Plinius *dict. lib. 18.* in rusticas sive sylvestres, & urbanas. Ulpianus noster *leg. 8. §. 1. fam. erc.* videri potest hæc animalcula in genere mansuetorum habuisse, cum ex sententia Pomponii respondet, apes venire in judicium familiæ erciscundæ, quia in patrimonio nostro sunt, eumque, qui eas amovet, furtum committere. Paulus vero in eadem re feras a cicuribus manifeste separat, *leg. si apes 26. de furt.* (1) Sed dubitandum non est, quin utut diversa sint apum genera, una tamen omnium sit natura, eaque fera & sylvestris; ut hic ex Cajo *l. 5. §. 2. hoc tit.* refert Justinianus. Libere enim omnes feruntur & vagantur, nec raro locum & alvearia mutant, etiam quæ aliquandiu inclusæ fuerant. Quamobrem licet Plinio videantur mixti esse generis; fortasse quod in iis quid observarit, quod naturam animalis mansueti sapiat; tamen in hoc quod tractamus argumento, pro feris omnino habendæ sunt. Nec obstat distinctio illa Varronis. Nam cum feras cicuribus non natura, sed loco separet, feras appellans, quæ pascitant in sylvestribus, cicures, quæ in locis cultis habentur; satis apparet, cicures, eum vocare, non quæ natura tales sunt, sed cura hominum, cicuresque dixisse pro cicuratis, vel potius pro iis, quæ minus feræ sunt, & occupatæ facilius mansuefiunt quam sylvestres. Ulpianus autem *d. leg. 8. §. 1. fam. erc.* aperte loquitur de apibus, quæ alveariis jam inclusæ ita assuefactæ sunt, ut ubi evolaverint, eumdem locum sponte repetant: neque aliis apibus feras opponit Paul. *dict. l. si apes 26. de furt.* Constat autem, animalia, quæ ex feris mansuefacta, atque ita conducefacta sunt, ut ex consuetudine abeant & redeant, cum de occupatione eorum quæritur, quamdiu illam consuetudinem retinent, eodem jure quo mansueta haberi. Unde recte argumentatur Quintilianus *declam. 13.* apes, quæ ex alveariis nostris mane evolant, & vesperi domum suæ sponte revolant, finemque laboris sui sole metiuntur, nostras esse. VINN. Recte dicuntur apes feræ naturæ esse, si bipartita est divisio in bestias *feras & mansuetas*. At si easdem dividis in *feras mansuetas*, & mansuefactas (uti sæpe unius ejusdemque rei modo bipartita, modo bipartita divisio est) Vid. Cel. Noodt. *Probab. l. 1. cap. 12. 2.* tum apes non sunt feræ naturæ, quæ alveariis inclusæ evolant, & revolant. Et ita intelligendus videtur Ulpianus in *leg. 8. §. 1. fam. ercisc.* Manifestum autem inter animalia *fera & mansuefacta* discrimen est. Illa sunt nullius, & hinc fiunt occupantis, hæc sunt in dominio, & intercepta furtiva fiunt, quamdiu animum redeundi non deposuerunt, *l. 5. §. 6. & l. 4. ff. de acq. rer dom.* Hinc facile patet cur §. 16. infra *hoc tit.* negetur anserum & gallinarum feram naturam esse, cum tamen dentur & anseres, gallinæque feræ naturæ. HEIN.

Antequam a te alveo includantur) Nam inclusio hæc occupatio est. Quæ autem animalia semel nostra facta sunt occupatione; ea tamdiu nostra manent, neque ab alio occupari possunt, quamdiu possessionem eorum retinemus, sic. *leg. 5. §. quidem 16. de acq. poss.* Alveus autem est κυψέλη puta ex vimine, aut inani cortice: favum ipsæ sibi apes conficiunt. Varr. *de re rust. cap. 16.*

Volucres quæ in arbore tua nidum fecerint) Quemadmodum volucrum in arbore tua nidificatio non efficit, ut aut ipsæ, aut pulli earum tui censeri debeant; ita nec apum in arbore tua consessio facit, ut aut ipsæ, aut nova earum soboles tua efficiatur: sed ex regula superiore primo occupanti aut includenti cedunt. Quæ apum, eadem & favorum ratio est, si quos forte in arbore tua fecerint, antequam a te alveis includerentur, *d. l. si apes 26. de furt.*

Poterit cum jure prohibere] Et eodem jure, quo prohibere potes, si prævideris, eum, qui venandi causa tuum fundum velit ingredi, adversus quem, si te invito ingressus fuerit, prodita tibi est actio injuriarum, ut non multo ante diximus ex *l. 13. §. ult. de injur.*

Examen) Non solum vetus, sed & novum apum recens natarum, quæ ex alveariis ad novas sedes quærendas a parentibus extrusæ sunt: nam si parentum fera natura est, necesse est & feram naturam esse prolis.

T E X T U S.

De pavonibus & columbis & cæteris animalibus mansuefactis.

15. *Pavonum quoque & columbarum fera natura est, nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine evolare & revolare solent: nam & apes idem faciunt, quorum constat feram esse naturam. Cervos quoque quidam ita mansuetos habent, ut in silvam ire & redire soleant, quorum & ipsorum feram esse naturam nemo negat. In iis autem animalibus, quæ ex consuetudine abire & redire solent, talis regula comprobata est; ut eousque tua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant. Nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, & fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint.*

N O T Æ.

15. *Pavonum & columbarum* (*d. l. 5. §. 5.* Sed hæ volucres facile cicurantur, & domibus adsuescunt, ut quæ

natura minus feræ sunt, minusque abhorrent a consuetudine hominum. Vid. Var. 3. *de re rust.* 7. Colum *l.* 8. *c.* 15.

Revertendi consuetudine deseruerint) Ultro, non si ab alio detenta, *l.* 8. §. 1. *ff. fam. erc.* Hoc autem totum ex circumstantiis judex æstimabit. VVesemb.

COMMENTARIUS.

1. *Pavones & columbas pro feris haberi, etsi non omnes æque feram naturam habeant.*
2. *Moribus Gallorum & nostris animalia, quæ revertendi consuetudinem deseruerunt, non fieri occupantium.*

SEcundo eadem dubitandi ratio esse poterat de pavonibus & columbis, saltem quoad quædam genera. Nam ad pavones quod attinet, distinguunt rei rusticæ Scriptores pavones agrestes, qui insulas & nemorosa loca captant, ab iis, qui in prædiis gregatim pascuntur. Varro *lib.* 3. *de re rust.* & Columel. *lib.* 8. *cap.* 11. Idem Varro *dict. lib.* 7. Duo itidem esse genera columbarum tradit: unum agreste, quod habetur in turribus & culminibus villæ, & unde & columbæ appellatæ sint; alterum clementius, quod cibo domestico contentum intra limina januæ pasci solet. (1) Porro ex domesticarum & agrestium conjunctione nasci & miscellum tertium genus. Sed item hic responderi potest quod de apibus, esse quædam genera pavonum, itemque columbarum, quæ natura minus feræ sunt, minusque ab hominum consuetudine abhorrent: pro feris tamen omnes haberi, quia facile avolant, & cum agrestibus sese conjungunt. Certe Cajus *leg.* 5. §. *pavonum* 5. *hoc tit.* & Justinianus hic simpliciter hasce aves earum numero adscribunt, quæ sunt generis feri, quod & D. Grot. facit *leg.* 2. *man. cap.* 4. Meminit quidem & pavonis mansueti Pompon. *leg. si pavonem* 37. *de furt.* sed opinor mansuetum dixisse pro mansuefacto. Illud nullum argumentum est mansuetudinis, quod hæ aves ex consuetudine evolare & revolare solent; nam & apes idem faciunt: & cervos, quorum utique fera natura est, ita assuefieri posse constat, ut aliquo abeant, & sponte sua redeant domum. Exemplum cervi ita instituti a Tyrrhei liberis & præsertim Sylvia filia habemus apud Virgilium *lib.* 7. *Æneid.* & alterum cervæ Sertorianæ apud Plutarch. *in Sertor.* Fatendum tamen est, pavonibus & columbis hoc propemodum naturale esse, & placidis in eo similiores quam feris.

In iis autem animalibus) Natura videlicet feris, de quibus hic sermo est, nam in animalibus placidis, quæ hominum consuetudine natura gaudent, obtinet quod ex Cajo traditur §. *seq.*

Cum revertendi consuetudinem deseruerint) Quod ex circumstantiis judex æstimabit. Neque enim placet eorum sententia, qui desuetudinem revertendi ex una & altera intermissione metiuntur, quamvis id plerique faciant, teste D. VVesemb. *hic.* Enimvero si quis, verb. gr. columbas, quæ ex columbariis nostris avolant & revolant, vetitis rationibus avertit, itaut animum revertendi abjiciant, dubium non est, quin in factum actione teneatur, & captarum nomine etiam furti, *leg.* 8. §. 1. *famil. erc.* (2) Gallorum moribus animalia, quæ ex consuetudine abire & redire solent, dominorum esse non desinunt; nec fiunt occupantium, quamvis custodiam nostram evaserint, & deseruerint animum revertendi; quod maxime in falconibus & accipitribus observatur. Jo. Fab. *hic.* Autumn. *coll. jur. Gall. ad l.* 6. *eod.* Idemque de moribus nostris testatur Croenevv. *d. l. abrog. hic.* VINN. Jure Germanico veteri, pavones, columbæ, immo & picæ & cornices mansuefactæ mansuetis animalibus accensentur. VVeichb. *art.* 118. Et tamen fiunt occupantium, si citra dolum intra quatriduum domum non redierint. VVeichb. *ibid.* & jus prov. Suev. *hic cap.* 356. §. 1. Quæ juri Justinianæo plane repugnant. De usu hodierno conf. Schilter. *Exerc.* 45. §. 19. HEIN.

TEXTUS.

De gallinis & anseribus.

16. *Gallinarum autem & anserum non est fera natura; idque ex eo possumus intelligere, quod aliæ sunt gallinæ, quas feros vocamus, item alii sunt anseres, quos feros appellamus. Ideoque si anseres tui, aut gallinæ tuæ, aliquo modo turbati turbatæve evolaverint, licet conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, tui tuæve esse intelliguntur; & qui lucrandi animo ea animalia detinet, furtum committere intelligitur.*

COMMENTARIUS.

1. *Etiam ob gallinam vel anserem surreptum dari actionem furti.*

(1) POstremo dubitandum gallinis & anseribus, & harum avium naturam initio feram esse negat Justinianus, quod Cajus facit, *leg.* 4. §. *gallinarum* 6. *hoc tit.* Mox tamen & ille & hic earum duo genera faciunt: quorum alterum natura sit ferum & agreste, alterum mansuetum & placidum; eamque naturæ differentiam in omni suo genere animalium animadverti posse, testatur Plinius *l.* 8. *cap.* 53. De generibus anserum & gallinarum & natura cujusque scripsere idem Plin. *lib.* 10. *cap.* 21. Varr. *lib.* 3. *de rust. cap.* 9. Columel. *l.* 8. *cap.* 2. Pallad. *lib.* 10. *cap.* 30.

Quocumque loco sint, tui tuæve) Regula generalis est, ad omne genus animalium mansuetorum pertinens, ea nostra manere, quamvis ita aufugerint, ut neque sint in conspectu nostro, & ubi ea sint ignoremus, vel quocumque modo hoc accidit: neque enim in his occupationi locus est. Quapropter etsi lupus ovem meam, exempli causa, rapuerit, ea mea esse non definit, quamdiu recipi potest; & si forte eam alius lupum canibus suis persecutus eripuerit, suam non faciet; sed reposcenti mihi restituenda est, *leg. Pomponius* 44. *hoc tit.* Tres igitur regulæ pro triplici animalium differentia ex his, quæ hactenus diximus, observentur. 1. Feras, quarum libertas vel numquam adempta est, vel quæ captæ in eam se receperunt, occupantis fieri. 2. Animalia mansueta, quocumque loco sint, nostra manere, neque occupatione cuiquam acquiri posse. 3. Mansuefacta ita ut abire & redire soleant, quamdiu eam consuetudinem retinent, jure mansuetorum censeri, deposito revertendi animo, ut cæteras feras secundum regulam concedi occupanti.

Furtum committere intelligitur) *L.* 5. §. *gallinarum* 6. *d. l. Pomponius* 44. *hoc tit.* quod & in mansuefactis obtinet, si quis ea animalia, cum ex consuetudine abire & redire solitæ essent, interceperit, *leg.* 8. §. 1. *fam. erc. leg. si pavonem* 37. *de furt.* Atque his omnibus locis traditum est, etiam actionem furti nomine competere: nempe quia hoc exigit ratio justitiæ, quæ non ex quan-

quantitate, sed ex suis regulis debet æstimari. Cui contrarium non est quod legimus, actionem de dolo ob rem, vel summam minimam, veluti ob duos aureos, non dari, *l. 9. in fin. cum 2. ll. seqq. de dol.* Siquidem actio de dolo, præterquam quod æque ac furti famosa est, remedium est extraordinarium, atque in subsidium dumtaxat si alia actio non sit, & res alicujus momenti esse videatur, comparatum, *leg. 1. §. ait prætor 4. de dol.* VINN. Conferri tamen hic merentur quæ de furto rei minimæ eleganter disserit Illustris Bynkersh. *Observ. lib. 1. cap. 3.* HEIN.

TEXTUS.

De occupatione in bello.

17. *Item ea, quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt: adeo quidem, ut & liberi homines in servitutem nostram deducantur: qui tamen si evaserint nostram potestatem, & ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.*

NOTÆ.

17. *Ex hostibus capimus*) *Leg. 5. §. ult. leg. 7. pr.* Arist. 1. *pol. & 5.*

Nostra fiunt) Jure gentium res hostium eodem loco sunt, quo res nullius, ac proinde eorum fiunt, qui primi earum possessionem nacti sunt, *l. 1. §. 1. ff. de acq. poss.* & tam res immobiles quam mobiles. Capientes intelligendi non tantum qui per se capiunt, sed etiam qui per alios. In actu belli publico & imperato singuli ut ministri operam navant, & Principi aut populo, qui ministerio eorum utitur, acquirunt: hinc præda & ager ex hostibus captus publicantur, *l. pen. ff. ad leg. Jul. pecul. leg. 20. §. 1. ff. de capt.* Extra actum publicum singuli sibi capiunt; quia non capiunt ut ministri. Grot. 3. *de jur. bell. cap. 6.*

COMMENTARIUS.

1. *Res hostium veteribus eodem loco fuisse, quo res nullius, & ideo iis concessas, qui primi earum possessionem adepti essent, vel per se, vel per alios.*
2. *Agrum hostilem, non nisi actu publico capi posse; ac proinde captum fieri publicum populi.*
3. *Moventia & mobilia, quæ in ministerio publico capiuntur, & ipso fieri populi: alias eorum, qui manu capiunt: & quid hodie?*

QUod hic & apud Cajum *leg. 5. §. ult. cod.* traditur, ea, quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fieri, difficultate non caret. Nam alibi legimus, agrum ex hostibus captum publicari, *l. 20. §. 1. de capt. & postlim.* Bona captivorum in fiscum cogenda, *leg. divus 31. de jur. fisc.* Captivos ab Imperatoribus vendi solere, *l. 4. §. de stat. hom.* Qui prædam ab hostibus captam surripuit, lege peculatus teneri, *leg. pen. ad leg. Jul. pec.* In corpore Canonum distribui prædam publico arbitrio, *cap. dicat aliquis cap. 23. q. 5.* Apud alios, manubias id est, pecuniam ex venditione prædæ redactam per quæstores inferri in ærarium, Gell. *lib. 13. cap. 23.* Vellej. *lib. 2.* Cic. 3. *epist. 7.* Quæ omnia arguunt, ipsi populo, non singulis qui capiunt, res hostium acquiri. Et de agro ex hostibus capto omnes consentiunt, eum fieri publicum, sive populi. Sed quod attinet ad res mobiles, & se moventes, plerique putant, has primo ac jure ipso fieri singulorum, qui manu capiunt: Cæterum Duci assignandas, qui inter milites, distribuat, Bart. *in leg. 28. de capt.* Alexand. & Jas. *in leg. 1. de acq. poss.* Covarruv. *in cap. peccatum, pet. 1. §. 9. n. 6. de reg. jus in 6.* Alii censent, hæc simpliciter acquiri singulis capientibus, Vacon. a Vacun. *lib. 2. c. 25.* Cujac. 19. *ob. 7.* Merenda simpliciter populo aut Principi, cui bellum geritur, *lib. contr. 22.* Sed nulla harum sententiarum probanda; potuit sane consensu gentium utrumvis constitui, ut aut capta populo bellum gerenti, aut cuivis, qui manu caperet, in dominium cederent: sed quid voluerint quærimus. Id vero nos docet Paulus ex Nerva filio, *leg. 1. §. 1. de acq. poss.* nimirum: (1) jure gentium res hostium hostibus esse non alio loco, quam quo sunt res nullius, ac proinde eorum fieri, qui primi earum possessionem nacti sunt. Non distinguunt in hoc negotio inter res mobiles & soli: neque distinguere debuerunt. Nam quæ nullius sunt, sive immobilia sint, sive mobilia, semper fiunt capientium; sed tam eorum qui per alios, quam qui per se capiunt: neque enim servi tantum aut filiifam. sed & liberi homines, qui venando, aucupando, piscando, margaritas legendo, operam suam addixerunt, statim ejus quod ceperunt, possessionem & dominium aliis acquirunt, iis scilicet, quibus operam navant: quippe quæ naturaliter acquiruntur non modo per nosmetipsos, sed etiam per quemlibet alium, cujus ministerio utimur, acquirere possumus; locumque hic habet, quod dicitur, nihil interesse utrum per se quis faciat, an per alium, *l. ea quæ 53. hoc tit. l. 1. §. per procuratorem 20. l. 3. §. 1. de acq. poss.* Sic apud Græcos, qui Olympiis certabant, præmia acquirebant iis, a quibus mittebantur. Igitur res expedienda est cum D. Grotio 3. *de jur. bell. 6. num. 10.* & Div. Tuld. *in comm. hic pag. 29.* distinctione facta inter actus vere publicos belli, & inter actus privatos, qui fiunt occasione belli publici; ut dicamus, per illos actus res acquiri populo, per hos primo ac directe privatis. (2) Res soli, nisi publico actu, inducto exercitu impositis præsidiis, capi non solent: & ideo, ut Pomponius respondit, publicatur ager, sive publicus fit populi, qui ex hostibus captus sit, *l. si captivus 20. §. 1. de capt.* Solebant autem Romani, ut hoc obiter addam, agros ex hostibus captos aut totos publicare, aut partiri in victorem populum, aut per censores locare; interdum modico veteri possessori honoris gratia relicto, aut distrahere, aut assignare veteranis, aut certum iis vectigal imponere: quarum rerum passim in legibus, historiis & agrimensorum commentariis testimonia extant, vid. l. 15. §. 2. *de rei vind. l. 11. de evict.* consule porro Brisson. 4. *select.* 1. Pet. Fab. 2. *semest.* 3. & 4. Connan. 3. *com.* 5. Mobilia vero & se moventia aut in ministerio publica capiuntur, aut extra illud. (3) Priore casu etiam illa populi fiunt, cui hic singuli ut ministri operam navant; nam utut Ducibus exercitus prædæ dispensandæ aliquod arbitrium concessum fuerit; tamen actus sui rationem debebant populo: de quo late Grot. *ubi sup. n. 11.* Posteriore autem casu fiunt singulorum capientium, quod extra actum publicum capiunt, non intelliguntur capere, ut ministri. Atque huc referendum est illud Cel. *l. transfugam 51. §. h. t. Quæ res hostiles apud nos sunt; non publicæ, sed occupantium fiunt.* Quæ apud nos sunt, hoc est, bello exorto, apud nos deprehenduntur. Nam idem & in hominibus observabatur. Quam in

in rem insignis est locus Triphonini *l. in bello* 12. *pr. de capt. Verum in pace*, inquit, *qui pervenerunt ad alteros, si bellum subito exarsisset, eorum servi efficiuntur, apud quos jam hostes suo fato* (ita legendum, non *suo facto*, ut habent libri) *deprehenduntur*. Fato hoc adscribit Jurisconsultus, quia nullo suo merito in servitutem deveniunt: nam fato hujusmodi adscribere translatitium est. Tale illud Nævii: *Fato fiunt Romæ Metelli Consules*. Hinc etiam est, quod si quid milites capiunt non in procinctu, aut in eo quod facere jubentur, sed in eo quod promiscuo jure, aut solo permissu faciunt, id sibi statim acquirunt: capiunt enim non ut ministri. Talia sunt spolia, quæ detrahuntur hosti in dimicatione singulari. Talia quoque, quæ procul ab exercitu in liberis & injussis excursibus capiunt. Nunc vero passim usurpatur, ut in direptionibus oppidorum & præliis suum quisque facit, quod cepit, in excursibus vero capta omnia fiant eorum, qui in comitatu sunt, inter ipsos pro dignitatis ratione partienda. VINN. Magnum hic discrimen inter militiam lectam & mercenariam, itemque eam quæ stipendia meretur; & quæ suo sumptu militat spe prædæ. Sed de his alii. Id quæritur, an occupatio bellica vere sit modus adquirendi? Sane enim, quod meum fit, ab alio non potest sine injuria accipi, quum tamen hosti semper jus sit, rem suam a me occupatam recuperandi. Dicendum itaque videtur, occupationem bellicam modum adquirendi esse ratione tertii; non ratione ipsius hostis, nisi accesserit hujus renuntiatio in conditionibus pacis. HEIN.

Ut liberi homines in servitutem) Hoc etiamnum in Lusitania aliisque locis Turcarum imperio vicinis observatur. Cæterum Christianarum pene omnium gentium velut mutuo consensu comparatum est, ut capti etiam in bello justissimo libertatem retineant, eosque tamdiu dumtaxat retinere liceat, donec pretium redemptionis exsolverint; quod *lib.* 1. memini me fusius explicasse.

Pristinum statum recipiunt) Igitur & ingenuitatem, quamvis apud hostes manumissi sint: nam ratio postliminii efficit, ut hic quoque locum habeat, quod sæpissime constitutum est, natalibus non officere manumissionem, §. *ult. sup. ingen.*

T E X T U S.

De occupatione eorum, quæ in litore inveniuntur.

18. *Item lapilli, & gemmæ, & cætera, quæ in litore maris inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt.*

C O M M E N T A R I U S.

Acquisitionis naturalis & quidem occupationis species est inventio. Et pro duplici objecto distingui potest in duo genera; nam aut earum rerum est, quæ nunquam nullius fuerunt, aut earum, quæ desierunt habere dominum, quales sunt thesaurus, & res pro derelictis habitæ. De priore genere hic agitur; de altero in §. *thesauros* 39. §. *pen. inf. eod.*

Lapili & gemmæ) Margaritæ, conchylia, corallia, cæteraque, quæ in mari, aut litore maris nata, nec ab alio ante occupata inveniuntur *l.* 3. *de rer. div. l.* 1. §. 1. *de acq. poss.* Quod autem a mari productum non est, sed a navigantibus in tempestate ejectum, vel quod naufragio fluctibus in litus expulsum est, eorum permanet, qui ejecerunt, vel naufragium fecerunt, §. *ult. inf. eod.* Inter lapillos & gemmas hoc interesse ex Servio Ulpianus refert, *l. cum aurum* 19. §. *gemmæ* 17. *de aur. arg. leg.* quod gemmæ proprie dicantur lapides pretiosi, qui natura perlucidi sunt, lapilli, qui sunt contrariæ naturæ; quod discrimen etsi non usquequaque ab aliis Scriptoribus observetur, nulla tamen ratio est, cur ob id Jurisconsultos reprendat Valla. Vid. Alciat. *lib.* 4. *de verb. sign.* VINN. Nimirum gemmas lapillosque varie discernunt veteres. Modo *gemmæ* ipsi sunt uniones, *lapilli* alii lapide pretiosi: V. C. Broukhus Tribull. *lib.* 1. *Eleg.* 9. modo gemmæ vocantur lapides pretiosi, lapilli minus pretiosi, Apul. *in Florid. pag.* 346. modo gemmæ & lapilli accipiuntur promiscue. Brod. Miscell. *lib.* 10. *c.* 17. Sed hic non quæritur, quid alia significent hæc vocabula, sed quomodo interpretanda sint in materia de legatis. Hic JCtis aliquid permittendum fuit. Vid. omnino V. C. Carol. Andr. D. Dukerum. de *Lætin. JC.* p. 299. *seq.* HEIN.

Statim inventoris fiunt) Inventio species est, ut diximus, occupationis. Non igitur ut quisque hæc videre cœperit, & notare oculis, ita statim ejus fient, quod quidam putant; sed necesse est, ut possessionem eorum nanciscatur, si mobilia sint, manu apprehendat, si immobilia, ea ingrediatur, *l.* 1. §. 1. & ibi Corasium. 12. *l.* 3. §. 3. *de acq. poss.* Connan. 3. *comm.* §. Grot. *ma*. *lib. cap.* 2. Cæterum si quis non in totum præoccupaverit, sed inventorem jam apprehensioni operam dantem adjuverit; judicatum fuit, inventorem esse præferendum, Horat. Rovat. *dec. Lucens.* 23. D. Tulden. *hic cap.* 3. Harum autem rerum dominium semel inventori quæsitum etiam omissa possessione retinetur, ut juris est in rebus omnibus, quæ dominio nostro subjectæ sunt: exceptis feris bestiis, quæ ubi custodiam nostram evaserint, una cum possessione dominium nobis auferunt, quasi jure quodam postliminii in pristinam libertatem reversæ.

T E X T U S.

De fœtu animalium.

19. *Item ea, quæ ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure tibi acquiruntur.*

C O M M E N T A R I U S.

Quæcumque jure gentium acquiruntur, ea diximus in summa nobis acquiri duabus rationibus, facto, & occupatione nostra; rei nostræ potestate, ac beneficio. Rei nostræ hæc vis est, ut duo nobis tribuat, fœturam, hoc est, quicquid ex ea nascitur, aut provenit, & accessionem, sive quicquid accidit, itaut unitum ab eo trahatur, quæ distinctio docendi causa a nobis retinebitur. DD. vulgo utramque illam rei nostræ vim uno accessionibus nomine comprehendunt, cujus deinde duo genera faciunt: discretam, puta fœtus animantium: & continuam, veluti alluvionem. Nonnulli, inter quos Cantiuncula & Bachovius, etiam ea, quæ rebus nostris accedunt, aut ex iis nascuntur, genere quodam occupationis nobis quæri volunt, non equidem veræ, sed fictæ & commentitiæ; quasi illa quodammodo a re nostra, & per eam a nobis occupentur. Sed nihil opus est commentis; ubi sine illis res æque intelligi potest. Mitto, quod hæ res etiam ignorantibus nobis acquiruntur; atque adeo invitis. Præsens hic

§. al

§. ad fœturam pertinet; sequentes aliquot ad accessionem.

Ex animalibus nostris) *Leg.* 2. *l.* 6. *h. tit.* Item partus editi ab ancillis nostris, §. *pen. sup. de jur. pers.* In summa quicquid res nostra ex se edit, sive ea mobilis sit, sive solida, id nobis hoc jure acquiritur: quamvis de solo fœtu animalium hic sermo. Et placet hæc statim ipso ortu nobis acquiri, etiam ignorantibus, & tantum non invitis: nimirum vi & potestate rei nostræ, sicut diximus. Plane autem eadem ratione fœtus animalium nostrorum nostri fiunt, qua nostra fiunt, quæ in solo nostro nata sunt; nimirum, ut solum ipsum hæc nostra facit, non satio ulla aut plantatio undecumque profecta, *l. qui scit.* 25. *de usur. l.* 11. *C. de rei vind.* ita & animalia & ancillæ nostræ: qui instar soli sunt, ea, quæ conceperunt, nobis pariunt: nec vis maris inspicitur, quæ similis est sato, *l.* 5. §. 2. *de rei vind. l.* 7. *C. eod.* Atque ut fructus a solo nostro separati ideo nostri sunt, & manent; quia cum adhuc solo cohærebant, pars soli intelligebantur, *l.* 44. *de rei vind.* ita & fœtus ab animalibus nostris, & partus ab ancillis editi nostri manent, quia antequam edantur, portio sunt viscerum matris, *l.* 1. §. 2. *de ventr. inspic.* Adde, quod femina in alendo fœtu omnia confert de suo, quæ & ipsa interim a domino alenda sit. Et si igitur doctiss. Grot. 2. *de jur. bell. c.* 8. *n.* 18. juri naturæ magis convenire putat, ut fœtus communicetur cum domino maris, si is non ignoretur; ego tamen in veterum sententiam concedo ob rationes, quas jam memoravi. VINN. Genuina hujus juris ratio fuit quod JCti, sequuti Stoicos, fœtum dicerent non animal, sed partem viscerum. Merill. *Observ. Lib.* 1. *cap.* 16. Quod principium, quamvis hodie deseramus, vel ideo tamen non sequimur sententiam Grotii, quod fœtus nullo modo concipi potest: tamquam pars patris. Conf. Pufendorff. *Lib.* 4. *de J. N. & G. cap.* 7. §. 4. HEIN.

T E X T U S.

De alluvione.

20. *Præterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligi non possit, quantum quoque temporis momento adjiciatur.*

COMMENTARIUS.

1. *Juri alluvionis locum esse in agris arcifiniis, non in agris limitatis, aut certa mensura comprehensis.*
2. *Quid de alluvionibus juris sit in his regionibus?*

POtestate rei nostræ etiam ea jure gentium acquirimus, quæ rebus nostris ita accedunt, ut iis cohæreant, atque ab iis trahantur: unde hoc genus acquisitionis accessio appellatur. Accessio hæc contingit, vel facto & opera hominis, de quo genere *inf.* §. *si tamen* 26. & multis *seqq. eod.* vel citra eam, naturali operatione & beneficio fluminis. Atque hoc modo quatuor rerum genera nobis acquiruntur; quæ latenter per alluvionem a flumine agris nostris adjiciuntur; quæ aperta vi fluminis de alieno avulsa cum prædio nostro unita sunt; insula in flumine nata; alveus a flumine relictus; quæ & totidem §§. ordine explicantur Cajo *l.* 7. §. *præterea* 1. & *seqq. eod.* & primum quidem genus in textu posito. In Cod. etiam tit. est *de alluvionib.*

(1. *Agro tuo*) Arcifinio, scilicet, qui non alium finem ea parte habet quam naturalem, id est, ipsum flumen; nam agros limitatos alluvionem non habere, diserte traditum est *l. in agris* 16. *eod.* & *sa*. *l.* 1. §. *si insula* 6. *de flum.* Quantum autem ex *d. l.* 16. colligere licet, ager limitatus dictus fuit ager ex hostibus captus, & deinde a Populo vel Principe privatis ita possidendus datus, ut certis limitibus sive finibus jus possessoris circumscriberetur: ut sciretur, quod extra hosce fines esset, id publicum manere: sive quod accrevisset postea, id populo accrescere vid. Don. 4. *comment.* 27. Giphan. *ad d. l.* 16. Connan. 3. *comm.* 5. qui hunc locum præ cæteris illustrat ex Aggen. & Jul. Frontino *de qualit. agror. & controversia limit.* Limitatis agris similes sunt, qui certa mensura comprehenduntur; parisque in hac re juris cum limitatis esse debent, ut jus alluvionis non habeant, cum possessores eorum ultra assignatum modum nihil possidere possint, Connan. *d. loc.* Grot. 2. *de jur. bell. c.* 8. *n.* 12.

Flumen adjecit) Ad differentiam lacuum & stagnorum, in quibus jus alluvionis non agnoscitur. Etenim ut sola flumina fluxum & motum naturalem habent, quo fit, ut ripas suas & terminos sæpe mutent; ita & solam alluvionem admittunt. Lacus autem & stagna licet interdum crescant & decrescant; tamen quia terminos suos retinent, alluvionem natura non recipiunt, *leg. lacus* 12. *eod.*

Incrementum latens) Alluvionem dicit esse incrementum latens, cum quid ita paulatim & obscure prædio nostro adjicitur, ut sensu percipi non possit, quantum quoque temporis momento alterius prædio detrahatur, & adjiciatur nostro, ἀδήλως αὐξάνεται. Ex uno crescit hujus acquisitionis æquitas; nimirum quod quæ alluvione accedunt, ita lente & obscure detrahantur, ut intelligi non possit, si forte de his restituendis quæratur, quorum prius fuerit, aut quibus detracta. De alluvionibus ex professo scripserunt Bart. p. 1. *tractat. Tiberiad.* & Baptista Aymus tribus libris. (2) In hac regione quid de alluvionibus juris sit, certa aut generali definitione comprehendi non potest. Principis nomine contenditur, alluviones ut sequelas & appendices fluminum jura esse solius fisci. Alii contra id negant, estque hæc res admodum dubia propter diversitatem consuetudinum & rerum judicatarum. Plane in meridionali parte Holandiæ nemo pridem repertus est, qui jus alluvionis sibi vindicaret, nisi qui diceret, id a Principe sibi esse concessum, ut agrum assignatum eo jure, quo Princeps eum habebat, id est ad flumen usque: uti olim judicatum est de agris ad Mosam & Isalam sitis, quia & in litteris mancipationum & in libris censualibus semper dicti erant ad flumen pertingere. Illud constat, agros, qui a Principe alicui conceduntur, certa mensura definiri, jus alluvionis non habere, quod extra eam mensuram ob alluvionem accedit, id acquiri fisco. In Zelandia vassallis de alluvionibus non movetur controversia, ne iis quidem, qui de civilibus tantum judices dant: propterea quod cum jurisdictione simul acceperunt agrorum universitatem, salvo eo, quod privatis competit. Nam quoniam hi agri olim populi aut Principis fuerunt, aut a Principe siccati, vassalli idem juris consequuntur, quod populus aut Princeps habuit, vid. Grot. 2. *manud.* 9. & *lib.* 2. *de jur. bell. c.* 8. *n.* 12. & 15. add. Groenevv. *de legib. abrog. hic.*

TEX-

TEXTUS.

De vi fluminis.

21. *Quod si vis fluminis de tuo prædio partem aliquam detraxerit, & vicini prædio attulerit, palam est, eam tuam permanere. Plane, si longiore tempore fundo vicini tui hæserit, arboresque, quas secum traxit, in eum fundum radices egerint; ex eo tempore videntur vicini fundo acquisitæ esse.*

NOTÆ.

21. *Tuam permanere*) *lege 7. §. 2. ff. h. tit.* Ratio est: quia manet eadem species, nec tua culpa aut negligentia, sed violentia fluminis avulsa est.

Radices egerint) Quod est argumentum coalitionis. Cæterum etsi nulla arbor in parte detracta fuerit; tamen postquam ea coaluit, & unitatem cum terra nostra fecit, nostra esse incipit, *l. 9. §. 2. ff. de damn. inf.*

COMMENTARIUS.

1. *In calce hujus §. pro* videatur acquisitæ, *&c. omnino legendum esse numero singulari*, videtur acquisita, *&c.*
2. *An postquam pars detracta coaluit, adhuc priori domino supersit actio ad pretium consequendum?*

PRoponitur hic altera accessionis species, quæ a flumine est, & earum rerum, quæ non latenter, sed vi fluminis aperta alieno prædio detractæ & in vicinum invectæ sunt. Hæc a superiore illa multum differt. Nam si pars terræ integra a vicino agro vi fluminis avulsa sit, & nostro prædio adjecta; ea non statim nobis acquiritur, ut acquiruntur quæ latenter flumen adjicit per alluvionem, sed quamdiu nondum coaluit, & unitatem cum terra mea fecit, manet ejus, cujus ante fuit: quia manet eadem species seu idem individuum, ut loquuntur, aut ut clarius loquar & nostro more, quia cum nondum coaluit, partem prædii mei non facit, ut ei cedere debeat. Ubi vero coaluit, & tamquam trabali clavo agro meo affixa est; jam ut pars fundo meo cedat necesse est, & mihi jure accessionis acquiritur. Hujus igitur acquisitionis flumen ex parte tantum causa est, & remotior: proxima & potissima coalitio.

(1) *Videntur vicini fundo acquisitæ*) Locus mendosus est, & restituendus ex Pand. Florentinis, in quibus legitur numero singulari, *videtur vicini fundo acquisita l. 2. 7. §. hoc tit.* quam lectionem flagitat ipse contextus; cum si numero plurativo legas, mutetur subjectum quæstionis. Non enim de arboribus cum parte fundi avulsis & translatis quæsitum fuit, sed de parte avulsa dumtaxat, & prædio alieno adjecta; cumque hac avulsione Justinianus & Cajus initio negent, partem illam statim amitti aut acquiri; quis non videt, quod mox subjiciunt de acquisitione, ubi pars detracta cum prædio, cui adjecta est, coaluit, de partis ipsius, non de arborum, si quæ forte simul avulsæ & translatæ fuerint, (quamquam & ipsæ jus partis adjectæ sequuntur) acquisitione esse intelligendum? Et quid si nulla arbor in parte detracta fuerit? An dicemus, partem detractam sine arboribus coalescere & uniri cum prædio, cui adjecta est, non posse? An vero coalitionem hanc non mutare causam dominii? Quorum alterum manifeste falsum est: alterum falsum esse ex Alfeno nos docet Ulpian. *l. 9. §. 2. de admn. inf. quæ*. Mirum est, Cujacium, Hotomannum, Pacium, aliosque, qui hunc locum πληθυντικῶς, ut vulgo legitur, legendum etiam contenduut, non considerasse. Igitur, ut rem in pauca conferam, portio fundi, ita uti diximus detracta & nostro fundo adjecta, si tamdiu fundo nostro adhæserit, ut coaluerit cum eo, & quod argumentum est coalitionis evidentissimum, arbores, quas forte secum traxit, in fundum nostrum radices egerint; ex eo tempore nobis quæsita intelligitur. Alia quæstio est, an post coalitionem adhuc aliqua actio supersit priori domino saltem pretii consequendi gratia, cum iniquum videatur, quemquam locupletari cum alterius damno, quod sine culpa ejus contigerit: ut in proposito, in quo quæritur de parte agri non negligentia possessoris amissa, sed abrepta violentia fluminis, hoc est, vi majore, ne quis possessori objicere possit, quod ripam suam tueri debuit. In contrarium tamen dici potest, partem arreptam, non statim ut abrepta est, & in fundum meum licet munere quodam fortunæ appulsa, meam fieri: sed post longum demum tempus, postquam tamdiu hæserit, ut jam cum terra mea unita sit; ac proinde utut prior possessor causetur violentiam amnis, objici tamen ei posse, quod partem avulsam, cum posset, non vindicaverit, sed tamdiu passus sit eam hærere fundo alieno, ut tandem cum eo coaluerit, & unum facta sit, ut ipse quodammodo eam alienasse videatur, sicut de eo responsum est, qui rem suam patitur usucapi, *l. alienationis 28. de verb. sign.* ita ferme & D. Tulden. *hic cap. 26.* Plane qui facto alieno rem suam hoc jure inviti amiserunt, iis succurri solet, vel utili actione in rem, *l. 5. §. 3. de rei vind. l. quæ ratione 9. §. 2. h. tit.* vel quæ actioni in rem subsidiaria est, actione in factum, *l. in rem 23. §. item quæcumque 5. de rei vind.* pretii nimirum consequendi causa. Atque ita propemodum hæc quoque explicaverunt antiqui, teste Jo. Fabro, Glossa in *d. l. 5. §. 3. de rei vind.* parum sibi constat.

TEXTUS.

De Insula.

22. *Insula, quæ in mari nata est (quod raro accidit) occupantis fit: nullius enim esse creditur. At insula in flumine nata, (quod frequenter accidit) si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque prædii, quæ prope ripam sit. Quod si alteri proximior sit parti, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam prædia possident. Quod si qua parte divisum sit flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam Insulæ redegerit; ejusdem permanet is ager, cujus & fuerat.*

NOTÆ.

22. *Occupantis fit*) *d. l. 7. §. 3. h. tit.* juxta regulam *Quod ante nullius est, &c.*

Siquidem mediam partem, &c.) Insula in flumine nata communis est eorum, qui utrinque finitima prædia possident pro cujusque prædii fronte ac modo, *d. l. 7. §. 3.* dum ne agri sint limitati, *l. 1. §. 6. de flum.*

Alteri parti proximior) Si insula eis aut ultra medium amnem enata sit, siquidem contra frontem unius prædii, cui prior est, tota acquiritur hujus fundi domino; si ita ut fronti plurium agrorum sit opposita com-

communis fit omnium, qui secundum eam ripam, in quantum insula porrigitur, habent, *d. l.* 7. §. 3. *l.* 29. *l.* 30. §. 56. *eodem*.

In formam insulæ) Π τaμῶ κύκλῳ πεeιφ'eῶνται. Igitur ager non mutat causam proprietatis circumluvione, *d. l.* 7. §. 4. *l.* 30. §. 3. *eod.* Sed & insula, quæ alveo non cohæret, huc non pertinet. *l.* 65. §. 2. *eod.* ubi in §. *ult.* pro *si id*, lege *non si id*, ut præcedentia evincunt. V. Accurs. *ibid.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur non accidat, ut in mari insula nascatur?*
2. *Cur frequenter in flumine?*
3. *Insulam in flumine natam non publicam esse, sed privatam vicinorum possessorum.*
4. *Nec tantum proprietate, sed etiam usu.*
5. *Pro qua parte cuique vicinorum acquiratur?*
6. *Non occupationis, sed accessionis jure acquisitionem defendi.*
7. *Mores hodiernos hic variare.*

TErtium rerum genus, quod jure accessionis acquirimus, est, insula in flumine nata vado cohærens: de qua specie acquisitionis ex professo tractatur hoc §. Adspergitur initio aliquid de acquisitione insulæ in mari natæ, uti & apud Cajum *l.* 7. §. 3. *eod.* unde hic locus sumptus est, sed per occasionem dumtaxat, nec huc pertinet, sed ad primum genus acquisitionis juris gentium occupationem.

(1) *Quod raro accidit*) Partim, ut credibile est, propter nimiam maris altitudinem, partim propter perpetuam æstuum reciprocationem; unde fit, ut nec locus alvei marini facile siccus relinquatur, nec pars alvei extra mare attolli possit: nam si quid accessu attollatur, id recessu iterum dejicitur & complanatur, efficitque jugis ista reciprocatio, ut eamdem faciem fundus maris semper retineat. Terræ tamen motu interdum insulas in mari repente emergente testatur Plinius, veluti paria secum faciente natura, quæque hauserit hiatus, alio loco reddente, interdum eodem motu recedente maris novas terras in continente nasci, cum idem ille spiritus attollendo potens solo non valet erumpere; *lib.* 2. *nat. hist. cap.* 85. & 2. *seqq.* Grot. *flor. spar. hic.* Fabrot. *ad Theop.*

(2) *Quod frequenter accidit*) Plinius *dictor. cap.* 85. scribit, fluminum invectu id fieri: nimirum quia flumina fere limosa sunt, & multis plerumque locis vadosa, sæpe accidit, ut limus, quem secum trahunt, & alia limo illita vado hærescant & adglutinentur, quibus paulatim auctis, locus ille alvei tandem supra flumen eminere incipiat. Livius *lib.* 2. *cap.* 5. refert, cum Romani mediis caloribus campi Martii segetem messi maturam & cum stramento defectam (quia religiosum erat consumere) in Tiberim tenui tum aqua fluentem effudissent, insulam inde enatam esse firmam templis quoque & porticibus sustinendis. Sed neque constans est fluminis cursus, sicut est maris; neque ut mare fluxum & refluxum habet. Quæ omnia consideravit Pomponius *l. ergo* 30. §. 2. *h. tit.* cum scribit insulam in flumine fieri tribus modis; uno, cum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit, altero, cum locum aliquem, qui alvei esset, siccum relinquit, & circumfluere cœpit; tertio, cum paulatim colluendo locum eminentem supra alveum fecit, eumque alluendo auxit. At hæc aliquando evenit quod Paulus notat, *l. pen.* §. 2. *eod.* ut ex virgultis aliave qualibet levi materia in superficie fluminis concrescente insula existat, quæ ita sustineatur in flumine, ut solum ejus non tangat.

Si quidem mediam partem) Tria fere sunt, quæ de acquisitione insulæ in flumine nascentis quæri possunt; cui, quatenus, & quo jure, seu qua juris ratione acquiratur. Cæterum sciendum est, non de omni insula, quæ in flumine nata aut a flumine facta sit, hæc quæri: sed de ea dumtaxat, quæ nata aut facta sit in alveo aut ex alveo fluminis. Nam primo causam proprietatis non mutat is ager, qui cum alvei non esset, ab amne circumfluo, Πoταμῷ κύκλῳ πεeιρ'eῶνται in formam insulæ redactus est, *dict. leg.* 7. §. 4. *dict. leg. ergo* 30. §. 2. *hoc tit.* & *hoc* §. *in fin.* Deinde quæ in flumine nata est forte ex virgultis aliave materia, quam temere flumina ferunt, ita ut alveo non cohæreat, ea publica est, & ejusdem fere juris, cujus est ipsum flumen, *dict. leg. pen.* §. 2. *eod.* In Artesia non procul a fano Audomari lacus est, in quo insulæ aliquot fluitantes funiculo arboribus alligato, aut contis, quo libeat, impelluntur, attrahunturque, in quibus etiam boves aliæque pecudes pasci possunt. Quales & in Lydia, quas Calaminas vocabant, fuisse Plin. *lib.* 1. *cap.* 95. *nat. histor.* memorat. De sola igitur ea insula, quæ alveo fluminis cohæret, sive lenta colluvione in eo enata sit, circumluvione partis, quæ alvei esset, facta, quæritur primum, cui ea jure gentium acquiratur. Et ait Justinianus hic post Cajum, *dict. l.* 7. §. 3. *eod.* (3) eam fieri privatam eorum, qui prope flumen, in quo nata est, prædia possident; quod & Pompon. affirmat, *d. l. ergo* 30. §. 2. *eod.* & Ulp. *l.* 1. *insula* 6. *de flum.* satisque intelligitur ex iis, quæ disputantur a Paulo *l. inter* 29. & Proculo, *l. insula* 56. *hoc tit.* Cui tamen sententiæ contrarium est, quod apud Labeonem, *l. pen.* & *ult. eod.* vulgo sic legitur: *Si id, quod in publico innatum aut inædificatum est, publicum est, insula quoque quæ in flumine publico nata est, publica esse debet.* Sed cum hoc e diametro pugnet cum superioribus locis, adeoque cum iis quoque, quæ ipse Labeo de proprietate insulæ disserit in §. *præced. d. l. pen.* quid dubitamus cum Hotomanno *lib.* 1. *obs.* 23. asserere, locum istum depravatum esse, & legendum: *Non si id, quod in publico innatum, &c.* ut hic sit sensus: quamvis id, quod in publico nascitur aut ædificatur, publicum fiat; (de ædificio in publico posito id testatur Ulpian. *l.* 2. §. *si quis* 17. *ne quid in loc. publ.* nam ideo solarium ei imponitur) tamen insulam in flumine publico natam publicam non fieri, sed privatam; quod ipse Labeo jam aliquoties ante dixerat. Hotomannum temeritatis arguit Cujac. 14. *obs.* 11. Sed ego Accursium etiam invenio testantem, eodem ferme modo legi & in veteribus nonnullis exemplaribus; atque ut hac auctoritate destituamur, non aliam lectionem admittit ratio juris, a qua toto cœlo aberrat Cujac. *d. loc.* eumque secutus Pac. *cent.* 6. *qu.* 93. quamquam uterque de usu tantum Labeonem intelligit: de quo mox. Sunt qui hunc Labeonis locum accipiunt de eo casu, quo prædia prope ripam publica, puta si insula nascatur in Tyberi, eo alvei loco, quo Romam interfluit. Sed argumentatio Labeonis hujusmodi restrictionem non videtur pati. Plane in agris limitatis huic acquisitioni locus non est, quin nec alluvioni, sed occupantis insula fit, *l.* 1. §. *si insula* 6. *de flum.* (4) Videamus nunc, insula in flumine nata quatenus vicinis possessoribus acquiratur. Et de eo duplex quæstio est; una,

una, utrum proprietate dumtaxat, an vero etiam usu; altera, pro qua parte cuique vicinorum acquiratur, quæ pluribus communiter acquiritur. Ad primam quod attinet, si omnino habendum, insulam in flumine publico natam, si vicina prædia alluvionis jus habent, non proprietate tantum, verum usu etiam dominis vicinorum prædiorum acquiri, ideoque eos solos sementem in ea facere, arbores plantare, fructus ibi natos percipere posse: nec si quid aliud in ea faciant, aut quid in eam immittant, id in publico ut in ripa fieri intelligi, *d. l. 1. §. si insula 6. de flum.* Et vero si usum Insularum publicum esse volumus, inutilis prorsus futura est eorum proprietas, *d. l. pen. §. 1.* neque quisquam est veterum, cui aliud in mentem venerit. Nam quod Paulus Labeonem reprehendit, quod scripserit, in insula fluminis, quæ propria nostra est, nihil esse publici, id non videtur satis bona fide facere: ut alibi nonnunquam, *l. ult. de leg. Rhod. l. ult. de usuc. l. pen. de furt.* Pet. Fab. *ad l. 155. de reg. jur.* Neque enim Labeo ignoravit, partes insulæ extremas, quæ vicem riparum circumcirca obtinet, usu publicas esse, ut juris est in continente: sed de insula respondit, non considerata insulæ ora extrema. Quid quod Paulus hac ipsa reprehensione tacite fatetur, verum esse quod Labeo dixerat, cum crepidinem dumtaxat excipit, cujus usum ut riparum publicum esse dicit, videlicet ut naves eo adpellere, retia ibi siccare, funes arboribus ibi natis religare, aliaque id genus facere sicut in ora continentis, cuique liceat, quod Labeo non negaverat. (5) Alterum, quod hic quæritur, est, pro qua parte insula vicinorum fiat. Et siquidem in medio fluminis alveo enata sit, communis fit eorum, qui prope utramque ripam possident: sin cis, aut ultra medium amnem, siquidem contra fontem unius prædii, cui propior est, tota acquiritur hujus prædii domino; sin ita ut fronti plurium agrorum sit opposita, communis fit omnium, qui secundum eam ripam, in quantum insula porrigitur, habent, *hoc §. & d. l. 7. §. 3. eod.* Communem autem fieri insulam cum dicimus, non intelligimus eam communem fieri pro indiviso, uti solemus, cum proprie loquimur, *l. 5. de stip. ser. l. 5. §. ult. de verb. obl.* *cor. qui sub tut.* sed regionibus divisis pro fronte, hoc est, latitudine cujusque fundi, quæ prope ripam sit; ut tantum quisque in ea habeat certis regionibus, quantum ante cujusque eorum ripam esse, linea indirecta per insulam transducta apparebit, *l. inter eos 29. h. tit.* Et quia frontem, non interiorem latitudinem, hic spectari placet, recte respondit Pompon. *d. l. ergo 30. pr. h. t.* si interiorem partem fundi, ad cujus frontem insula, quæ accrevit, non respicit, vendidero, nihil ex ea insula pertinere ad emptorem: nimirum quia nec ab initio quicquam ejus futurum fuerat, si jam tum, cum insula nasceretur, partis venditæ dominus fuisset. Enimvero, quod insulæ meæ postea accedit, id incrementi, etiam si faciem insulæ mutet, meum tamen est, quia rei meæ accedit; ut ecce, insula contra frontem agri mei enata est, cujus latitudo non excedit regionem prædii mei, postea alluvione paulatim aucta processit contra frontem superioris & inferioris vicini, vel etiam propior esse cœpit adversæ ripæ: quod alluvione postea accessit, id meum est, & ita Proculus respondit, *l. insula 56. eod.* Similem rationem habent quæ Paulus disputat, *leg. penult. §. pen. eodem,* & idem Proculus *d. leg. insula 56. §. 1.* Hoc igitur constituto, insulam in flumine natam dominis vicinorum acquiri; restat ut videamus, qua juris ratione iis acquiratur. Nam video esse, qui jure quodam occupationis hoc fieri existimant, quod primi eam occupaturi videantur. Sed hoc nullo modo admitti debet, alioquin eadem ratione dicendum esset, etiam insulam in mari natam eorum fieri, qui prope littus prædia possident, & in flumine natam etiam eorum, qui ad ripam possident agros limitatos, quod utrumque falsum esse constat. Ergo non aliam hujus acquisitionis rationem esse arbitror, quam quod insula alvei pars sit, alveus pars censeatur vicinorum prædiorum; ac proinde ut alveus totus nudatus vicinis acquiritur, ita & partem ejus nudatam, id est, insulam in eo natam iisdem acquiri, jure scilicet accessionis. Et insulam quidem partem alvei esse constat. At absonum videri potest, quod alveum partem esse dicimus vicinorum prædiorum, cum alveus publicus sit eodem jure, quo ipsum flumen, *l. 1. §. simile 7. de flum. §. seq. inf. hoc tit.* ut contra potius dicendum videatur, insulam quoque quæ alvei pars est, publicam fieri oportere. Sed sciendum est, alveum non simpliciter publicum esse, sed quatenus a flumine tenetur, eoque per flumen populus utitur, nudatum flumine privatum fieri vicinorum: nihil autem interesse, ut Pomponius huic objectioni occurrens respondet, utrum de alvei solo mutato, an de eo, quod superfluum solo & terræ sit, quæratur, hoc est, utrum quæratur de toto alveo mutato a flumine relicto, an de insula in alveo nata; quippe sufficeret, ea parte, qua insula extitit, alveum a flumine non teneri, *d. l. ergo 30. §. 1. & 2.* Neque vero flumen interfluens impedit, quominus insula vicinis ripæ agris per alveum jungatur atque accedat, non magis quam via publica inter alveum & vicina prædia interjecta impedit, quominus alveus siccatus acquiratur his, qui secundum eam viam possident, *l. Attius 38. eod.* Etenim ut via publica pars prædii vicini existimatur, *d. l. Attius 38. in fin.* ita & alveus intermedius flumini subjectus. Atque hoc manifestissimum argumentum est, alveum etiam tum, cum adhuc flumine occupatur, partem quadantenus censeri vicinorum prædiorum. Æquitatem porro hujus acquisitionis augent incommoda vicinorum: nam quantum loci insula occupat, tantum de locis finitimis flumen decerpit, iisque solis detrimento est, in quorum agros cursus ejus depellitur. De insula extat tractatus Bartoli, cujus in dimetiendo errores notarunt Mathematici. Buteo in *lib. de fluv. ins.* & Magius 4. *miscell.* 2. add. Cæpoll. *de serv. rust. præc. c. 33.* Apud nos, quamquam videri poterat, insularum in flumine natarum eadem propemodum ratio esse, quæ est ejus, quod per alluvionem adjicitur, certius tamen hic est jus fisci quam in alluvione, teste D. Grot. 2. *manduc. cap. 9.* Nec mirum, cum & alvei exsiccati eadem fere quæ aluvionis ratio sit; quem tamen constat, Principi olim assignatum fuisse, ut pleraque alia ἀδέσποτα, idemque in Gallia quoque observari, ex Bern. Aut. refert Christ. *vol. 4. dec. 86. n. 7.* In agro tamen Putteno ex veteri consuetudine prædio alluvionem habenti accedit id, quod possessor penes gladium exsertum tenens pertingere potest. In Geldria moris est, ut vicinis possessoribus acquiratur id, quod plaustro onerato adiri potest; adita tamen occupatione; alioqui fiscus pervertere potest, D. Grot. *d. loc.* VINN. Rationem juris Romani rectissime explicavit Vinnius. Si enim totus alveus derelictus privatorum fit, ut est in §. 23. non poterant non inferre JCti, & partem alvei flumine nudatam, id est insulam vicinorum fieri. At si de jure naturali quæstio est, aliter videtur statuendum. Partes

enim

enim ex vicinis agris avulsæ, ex quibus insula facta est, sunt nullius, non amplius vicinorum. Quum itaque accedant rei publicæ, id est flumini, insula quoque erat publica. Et ita pronunciari solet in Germania. Si flumen duo territoria separat: servatur definitio juris Romani. Conf. Schilt. 4. §. 19. *Exerc.* HEIN.

T E X T U S.

De Alveo.

23. *Quod si naturali alveo in universum derelicto, ad aliam partem fluere cœperit; prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quæ prope ripam sit: novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus & ipsum flumen est, id est, publicus. Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam esse prædia possidet.*

N O T Æ.

23. *Quod si naturali alveo*) Ex *d.l.7.§.5.eod.* in agris limitatis nec hoc obtinet, *l. 1. §. 7. de flum.*

Rursus novus alveus) Postulat hoc stricta ratio: sed æquitas sæpe aliud suggerit: & hoc significat Caj. *d.l.* 7. §. cum ait vix esse, ut hoc obtineat. Obtinet tamen aliquando, quod ex circumstantiis judicandum. Vid. *d.l.* 30. §. 3. *leg.* 38. *h. titul. l.* 23. *quib. mod. us. am.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Alveum fluminis extra usum publicum existimari partem viciniorum prædiorum, & ideo siccatum prædiis cedere.*
2. *Si vicini agri limitati sint, primi occupantis alveum desertum fieri.*
3. *Pars alvei siccati quando apud nos privatorum fiat?*
4. *An aliquando priori domino alveus flumine iterum recedente restituendus?*

(1) QUarto & postremo eodem jure & ratione proximis possessoribus pro modo latitudinis cujusque prædii, quæ prope ripam sit, adjicitur alveus a flumine relictus: nempe vi & potestate prædiorum, quibus ipsis hæc acquisitio tributa propter viciñitatem & propter prædia, prædiorum dominis. Atque ut hic quoque paucis rationem hujus juris & acquisitionis tibi explicem, dixi paulo ante, alveum fluminis extra usum publicum a veteribus existimatum fuisse partem prædiorum viciniorum, quasi olim iis detractum: argumento esse, quod placet, insulam manente adhuc alveo in flumine natam viciniorum esse: quod profecto non fieret, nisi alveus, cui insula cohæret, & ipse vicinorum prædiorum pars intelligerentur: nam prior est alvei ratio, quam Insulæ, quæ conditionem alvei ut pars ejus sequitur. Ad hanc sententiam confirmandam Don. 4. *comm.* 28. & Bachov. hic afferunt locum Pomponii *l. ergo* 30. §. 1. *hoc tit.* Et sane quidem recte; sed non video comparationem illam similium, qua, quod illi fingunt, Pomponius utatur, conferens alveum cum ripa, aut solum alvei cum ripæ solo. Simplex est Pomponii sententia, ripæ solum privatum esse: eorum scilicet, qui prope ripam habent proprium: usum autem ejus publicum intelligi; & ideo cum exsiccatus est alveus, proximorum fieri, hoc est, solum ripæ etiam usu proximorum tum esse incipere, quia jam populus eo non utatur, nempe solo ripæ, de quo sermo institutus erat. Cæterum ratio hujus consolidationis non magis ad ripam quam ad alveum pertinet. Nam ut usus ripæ, licet ea privata & vicini prædii pars sit, publicus est, propterea quod populus flumine uti sine ripa commode non potest; ita & usus alvei, licet solum ejus privatum intelligatur, & pars prædiorum, quæ ad ripam jacent, publicus est, quia sine alveo populus flumine uti non potest. Rursus ut ripæ usus exsiccato alveo ad proprietatem redit, quia jam populus ripa amplius non utitur: ita & usus alvei, quem flumen abstulit, recedente flumine ad proprietatem, quæ penitus ablata non fuit, revertitur, quia jam alveo populus amplius non utitur. Hoc interest, quod proprietatis ripæ aliqua potest esse utilitas alveis, quamdiu a flumine tenetur, plane nulla: quæ causa est, quod alveus non secus ac flumen ipsum publicus dicatur, *l.* 7. §. *quod si h.tit.l.* 1. §. *simili* 7. *de flum.* & *hoc text.* Juvant jus de hac acquisitione constitutum incommoda fluminum, quæ multa & magna accolæ pati coguntur, inundationes, avulsiones agrorum &c. quæ si vitare volent, ripas suas magno sumptu muniant necesse est. Ferant igitur & commoda fluminum, si quæ sint, juxta regulam naturalis æquitatis, *leg.* 10. *de reg. jur.* (2). Cæterum quod in præcedentibus diximus, agros limitatos jus alluvionis non habere, ac proinde nec insulam prope ripam eorum natam possessoribus jure vicinitatis acquiri, sed fieri occupantis: idem etiam obtinet in alveo relicto, si vicini agri limitati sunt, *l.* 1. §. *simili* 7. *de flum.* (3) Apud nos, ut jam intelleximus, alveus in totum derelictus fisco acquiritur: ut pars alvei siccata interdum privatis, si videlicet a populo, aut jus populi habente, agrum id flumen excurrentem qua talem acceperit.

(4) *Novus alveus ejus juris esse incipit, cujus est ipsum flumen*) Sicut alveus flumine destitutus privatus fit, ita novus, quem sibi flumen fecit, fit publicus: nam impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus, ait Ulp. *l.* 1. §. *simili* 7. *de flum.* & *l.* 7. §. 5. Pertinet huc illud Pomponii in *d.l. ergo* 30. §. 3. *h. tit. Flumina*, inquit, *censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, & ex publico in privatum*. Cui simile est, quod apud Cassiodorum legimus *l.* 3. *variar. Agrimensor*, inquit, *mare vastissimi fluminis aliis spatia tollit, aliis rura concedit*. Ita plerumque evenit, ut alios flumen dicet, alios pauperet. Lucanus.

Illos terra fugit dominos, his rura colonis
Accedunt donante Pado.

Rursus novus alveus) Nam ager ille, qui fuerat, desit esse, amissa propria forma: & cum prædiis, non personis hæc acquisitio tribuatur, non potest is, qui vicinum prædium nullum habet, ratione vicinitatis quicquam in eo alveo sibi vindicare, *d.l.* 7. *quod si toto* 5. *eo.* Atque hoc quidem usque efficit stricta juris gentium ratio: sed vix est, ut id obtineat, inquit Cajus *d.l.* Et utique non semper obtinere debet. Sæpe enim æqui & boni ratio suadet, ut priori potius domino alveus restituatur, quam adjudicetur vicinis possessoribus. Scholiastes Theoph. κατὰ ἀκρίβειαν ἁρμόζει τοῖς γείτοσι, κατὰ δὲ ἀνθρώπινον λογισμὸν ὁ δεσπότης ἀναλαμβάνει. De quo haud facile quid certi definiri potest, sed ex circumstantiis judicandum est. Finge, flumen relicto naturali alveo agrum alicujus occupasse (sive paulatim, sive non paulatim, nihil interest) ita ut novum hic sibi alveum quæ-

quæsiisse videatur; deinde hoc ita multo post tempore in veterem locum subito atque eodem impetu, quo perruperat, se recepisse; æquissimum est, agrum recessu fluminis restitutum ad pristinum dominium reverti, licet formam agri impetus fluminis abstulerit, *d.l.7.§. quod si 5. in fid. d.l. ergo 30.§. 3. h. tit. l. si ager 23. quib. mod. usufruct. am.* quia hujusmodi occupatio non longe abest ab inundatione. At si flumen non eodem impetu, quo venit, discedat, sed lente & minutatim recedendo, alluvione in pristinum locum redeat, spatium illud alvei, quod siccum post se sensim reliquit, non videtur priori domino restituendum, sed alluvione accrescere proximorum prædiorum possessoribus, *leg. Attius 38. h. tit. fac. l. 1. C. de alluv.* Atque ob hanc caussam arbitror Pomponium in *d.l ergo 30. §. 3. & d. l. si ager 23.* consulto expressisse hæc verba, *eodem impetu*. Bart. *tr. de alv.* Bald. *in rub. de rer. div. col. 9.* Peregr. *de jur. fisc. num. 59.* D. Tuld. *hic h. c. 25.*

T E X T U S.

De Inundatione.

24. *Alia sane causa est, si cujus totus ager inundatus fuerit, neque enim inundatio fundi speciem commutat, ob id recesserit aqua, palam est eum fundum ejus manere, cujus & fuit.*

COMMENTARIUS.

1. *Inundatio quid proprie sit, & quæ ejus vis?*
2. *Quid circa inundationes apud nos receptum?*

INundatio proprie est, cum flumen imbribus vel nivibus, vel qua alia ratione auctum in vicinos campos ita se effundit, ut nec ripas, nec alveum suum mutet, *l.1.§.ripa 5.de flum.* Hoc cum fit, ait Justinianus post Cajum, *l.7.§.alia 1 sane 6.h.t.* fundi proprietatem non amitti: (1) & ideo recedente aqua, fundum, qui occupatus fuerat, non adjici vicinis possessoribus, sed ejus manere, cujus ante inundationem fuerat. Et addit hanc rationem, quia inundatio fundi speciem non commutat, quasi dicat, non ut alveo facto propriam formam ager amittit, ita & inundatione: quippe alveum fieri diuturno lapsu fluminis & lenta excavatione agri, ut jam plana ejus facies amplius non appareat: inundatione autem uno subitaneo impetu prædia invadi, atque aqua cooperiri dumtaxat, non comminui, dissolvi aut excavari, aut formam amisisse dici possunt, *d. l. 1. §. aliter 9. de flum.* Atque utut maxime summa pars agri in arenam dissolvatur, manet tamen solida pars fundi interior: & utut de qualitate aliquid mutet, substantiam non mutat non magis quam pars agri, quæ a lacu hauritur, cujus jus non mutari certum est. Igitur ad inundationes præsertim temporales & anniversarias non pertinet, quod vulgo dici solet. *Occupatum sequitur conditionem occupantis, & Gloss. l. pen. de rer. divis.* Non obstat *l. si ager 23. quib. mod. us. am.* quia non loquitur de simplici inundatione, cum flumen retento alveo extra ripas se effundit; sed cum deserto alveo toto impetu in agrum alicujus perrumpit, quasi novum alveum quærens, hoc casu placet proprietatem agri ita amitti, ut restituatur, si non facto novo alveo flumen se receperit, ut *in fin. sup. §.* demonstratum est. Obiter addo, quamvis inundatio causam dominii non mutet, possessionem tamen nobis auferre, *l. 3. §. Labeo 17. l. qui universa 30. §. 1. de acq. poss.* itemque ea jura, quæ in facto personæ posita sunt, ut usum & usumfructum, *l. usufructus 24. quib. mod. us. amit.* sed recedente aqua hæc omnia nobis restitui, *d. l. 24. l. 1. §. si quis 9. de itin. act. priv.* (2) De inundationibus, quæ crebræ apud nos sunt, hoc jure in hac regione utimur, ut derelictus habeatur is ager, qui per decem continuos annos mersus fuerit, si non aliqua extent signa continuatæ possessionis; quo in genere receptum apud nos non immerito est quod Romani rejiciunt, *d. l. 23. quib. mod. us. am.* ut si aliter nequeat, vel piscando retineri possessio censeatur. Sed solebant Principes tempus præfigere, intra quod veteres agrorum possessores siccare agros & novo aggere munire deberent: quibus cessantibus, monebantur qui in eos agros jus pignoris habebant, deinde & hi, qui jurisdictionem aut imperium; qui si omnes in mora essent, eorum jus omne ad Principem deferebatur, atque is, aut ipse agros siccabat, suique patrimonii faciebat, aut aliis siccandos muniendosque dabat retenta parte. D. Grot. *2. manud. c. 9. & 2. de jur. bell. 8. num. 10. consult. JC. Bapt. p. 2. consil. 26.*

T E X T U S.

De Specificatione.

25. *Quum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quæri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit; utrum is, qui fecerit, an potius ille, qui materiæ dominus fuerit; ut ecce, si quis ex alienis uvis, aut olivis, aut spicis, vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit; aut ex alieno auro, vel argento, vel ære, vas aliquod fecerit; vel ex alieno vino & melle mulsum miscuerit; vel ex medicamentis alienis emplastrum aut collyrium composuerit; vel ex aliena lana vestimentum fecerit; vel ex alienis tabulis navem, vel armarium, vel subsellia fabricaverit. Et post multa Sabinianorum & Proculianorum ambiguitatem placuit media sententia existimantium, si ea species ad priorem & rudem materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiæ dominus fuerit, si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit: ut ecce, vas conflatum potest ad rudem materiam æris, vel argenti, vel auri reduci, vinum autem, vel oleum, aut frumentum ad uvas, vel olivas, vel spicas reverti non potest; ac ne mulsum quidem ad vinum & mel resolvi potest. Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino & alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis & alienis medicamentis emplastrum aut collyrium: aut ex sua lana & aliena vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit: quum non solum operam suam dederit, sed & partem ejusdem materiæ præstiterit:*

N O T Æ.

25. *Media sententia*) Caji *dict. l. 7. §. h. tit.* Callistrati, *l. 21. §. 1.* Pauli *l. 24. & 26. eod.* Ulpian. *l. 5. §. 1. ff. de rei vend.* sit & alias Auctores nostri medium sequuntur, *l. 3. si pars hær. l. 25. ff. de pign. act. §. ult. infr. de vul. subst.* imitatione Stoicorum, qui ob id Servio erciscundi μέσως δοκεῖν [illegible]. VINN. Vide hic omnino Merill. *Obs. l. 1. cap. 6.* ex quo posteriorem hanc observationem petit noster HEIN.

Ad priorem materiam reduci) Quia tum materia non interim, sed potenter manet, *l. 24. h. t. l. 78. §. 4. de l. 3.*

Si

Si non possit reduci) Quia hic materia consumitur atque extinguitur; & locum habet illud, *Dum incipit quod non erat, desinit esse quod fuerat*; *l. 9. §. 3. ff. ad exhib. leg. 26. §. 1. hoc tit.* Interim & domino materiæ consultum actione in factum, qua consequatur æstimationem, *l. 23. §. 5. de rei vind.*

Vinum vel oleum) Vinum & oleum sunt novæ species, quæ proprio nomine censentur, nec ad id quod esse desierunt, reduci possunt.

COMMENTARIUS.

1. *Etiam hunc acquirendi modum ad occupationem referendum.*
2. *Speciem novam non acquiri facienti, nisi eam fecerit suo nomine & bona fide.*
3. *Quibus rationibus moti Proculus & Sabinus diversum senserint?*
4. *Mediæ sententiæ auctorum distinctionem optima ratione niti.*
5. *Vinum & oleum non ita se habere ad uvas & olivas, ut frumentum ad spicas.*
6. *Etiam in specie facta partim ex materia aliena, partim ex materia facientis, inspiciendum, utrum ea ad priorem materiam reduci possit, necne.*

Exponitur hic alius modus acquirendi jure gentium dominii, speciei novæ ex aliena materia formatio, quæ nunc vulgo non nomine specificato dicitur. Sunt qui hunc acquirendi modum ad accessionem referunt: sed perperam. Non enim non a illa species vi & potestate rei nostræ nobis acquiritur, cum ex aliena materia fiat: non ignorantibus nobis aut invitis; sed nostro ipsorum facto, qui rem alienam in aliam speciem transformavimus: adeoque inconcinnum est dicere, materiam accedere formæ, quoniam hæc illam, non illa hanc præsupponit. (1) Quapropter hic modus potius occupationis quædam species videri debet; cum id quod factum est, ideo facienti concedatur, quia ante nullius erat, & tamquam occupati, qui suo id nomine fecit. Utique quatenus obtinet sententia Nervæ & Proculi, *leg. 7. §. cum quis 7. in pr. hoc tit. l. 3. §. genera 21. de acq. poss.* Nam quatenus Sabini sententia approbata est, aut ad accessionem res referri potest, aut potius dicendum, nullam tunc fieri novam acquisitionem, cum D. Ant. Concio 1. *disp. 12.* VINN. Omnino specificatio pertinere Romanis videbatur ad accessiones, qui forma nova accederet ad materiam; vel contra materia ad formam; saltem quærebatur, forma an materia habenda sit pro principali? Proculus id affirmabat de forma, quæ, ut philosophi ajunt, dat esse rei: Sabinus materiæ plus deferebat, ex qua formam educi existimabat. Proculejani itaque Stoicos sequebantur, uti ex Sen. *Epist.* 88. acute probat Merill. *Obs. lib. 1. cap. 21.* HEIN.

(2) *Species aliqua facta sit*) Nimirum nova & diversa a priore, ex qua ut ex materia facta sit posterior: nam verbi causa, lana aliena purpura tincta, non est nova species, *l. sed si 26. §. ult. hoc tit.* neque etiam nova species existit ex duarum ejusdem generis materiarum confusione, *§. si duorum 27. inf. eod.* Duo autem hic a Justiniano omissa sunt, quæ, quo quæstio proposita melius intelligatur, addenda duximus; unum est, si, qui speciem fecit, eam fecerit suo nomine; alterum, si eam fecerit bona fide. Primum diserte expressit Cajus *d. l. 7. § cum quis 7.* & rationem manifestam hanc habet, quod possessio non acquiratur nisi volentibus; eorum autem, quæ facto & opera nostra acquiruntur, nihil jure gentium acquiri possit, cujus acquisitio non cœperit a naturali possessione, *leg. 1. §. 1. de acq. poss.* Proinde si alieno nomine species facta proponatur: si ejus non erit, qui materiæ dominus fuerat; ejus erit, cujus nomine facta est, *l. nisi 25. leg. quicquid 27. §. 1. hoc tit.* De bona fide, quod idem hic omissum dixi, nihil quidem diserte Cajus: sed id ex eo non obscure colligitur, quod addit hæc verba *suo nomine*. Nam qui scit materiam alienam esse, in eadem causa haberi debet, ac si nomine domini materiæ speciem fecisset, *leg. de eo §. 3. ad exhib.* cui etiam operam suam donasse intelligendus est exemplo ejus, qui sciens in alieno solo ædificavit, *§. ex diverso 30. inf. eod.* fac. *l. 4. §. si ex lana 20. de usuc. l. 14. §. ult. eod. de cond. fur.* Atque hæc est communis quoque DD. sententia, a qua cur D. Wesemb. & Bachovius recesserint, causam non video.

Mulsum) Οἰνόμελι, sive μελίκρατον, fit ex vino vetere, addito pauco melle. Hoc genere potionis usum se Pollio olim jactitavit annum centesimum excessisse. Nam cum a D. Augusto hospite interrogaretur, quanam maxime ratione vigorem illum animi corporisque custodisset, respondisse fertur. *Intus mulso, foris oleo.* Plin. *l. 22. nat. hist. c. 24.*

Emplastrum) Medicamentum est in massam coactum, quod igni præmollitum vulneri imponitur, ab ἐμπλάττω, fabigo, versando mollio, in massam formo. Vid. Corn. Celsum *l. 5. c. 17.* vulgo nunc unguentum vocant.

Collyrium) Genus medicamenti, potissimum oculorum, παρὰ τὸ κωλύειν τὸ ῥεῖν, quod fluxum impediat, & sistat. *Apocalyp. c. 3. v. 18.* κολλούριον ἔγχρισον τοὺς ὀφθαλμούς σου, ἵνα βλέπῃς. *Collyrio illine oculis.* Hor. 1. *serm. sat. 5.*

> *Hinc oculis nigra meis collyria lippus*
> *Illinere.*

(3) *Sabinianorum & Proculianorum*) Fuere etiam olim diversæ & dissidentes Jurisconsultorum familiæ, auctores Attejus Capito & Antistius Labeo, qui primi cum velut diversas sectas fecissent, ille in iis, quæ a majoribus acceperat, perseverando; hic ingenii & doctrinæ fiducia plurima innovando, dissensionem successores eorum auxerunt, dum sui quisque magistri sententiæ tamquam oraculo religiose adhæret. Capitoni successit Massurius Sabinus, Sabino Cassius: Labeoni successit Nerva, Nervæ Proculus. Atque inde appellati postea Sabiniani vel Cassiani, & Proculejani, *l. 2. §. post hunc 47. de orig. jur.* VINN. Adde, Proculi successor Pegasus, vir consularis, unde *Pegasiani*. Opponuntur itaque *Proculejani, & Sabiniani, Pegasiani, & Cassiani*. Conf. Gothof. *Man. jur. c. 6. p. 27.* qui tamen Sabinianos non a Massurio Sabino, sed a Cœlio Sabino, qui sub Vespasianis vixit, nomen accepisse statuit, adeoque sibi invicem opponit *Cassianos, & Proculejanos*; *Sabinianos & Pegasianos*. HEIN.

Ambiguitatem) Quædam, ut recte hic notat Baro, leviter tracta sunt a natura; quorum ratio non cuivis perspicua est. Nerva & Proculus existimabant, speciem ex aliena materia factam naturali ratione ejus esse, qui eam suo nomine fecisset: nam materiæ, quæ extincta sit, nullam porro rationem haberi, sed causæ efficientis dumtaxat & potissimum formæ, cujus susceptione materia in aliam speciem transisset: quæ species cum antea nullius esset, ac ne esset quidem, rationem natu-

naturalem efficere, ut concedenda sit ei, qui ut ea in rerum natura sit, fecit, eamque occupavit, *d. l. §. cum quis 7. h. t. leg. 3. §. genera 21. de acquir. poss.* Diversæ autem scholæ auctores Sabinus & Cassius contra naturali rationi convenientius esse putabant, ut qui materiæ dominus fuisset, idem ejus quoque, quod ex materia factum esset, dominus fieret quippe sine materia speciem nullam effici posse; nostrum autem esse id, quod ex re nostra factum est: postremo nihil tam ab æquitate naturali alienum videri, quam ut in quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferatur *dict. leg. 7. §. cum quis 7.* junct. *l. 12. §. 3. ad exhib. l. id. quod nostrum 11. de reg. jur.*

Media sententia) Inter duas extremas Proculi & Sabini. Nam Sabini sententiam veriorem esse putabant, si species facta ad priorem materiam reduci posset; si non posset, Proculi, *d. l. 7. §. cum quis 7.* (4) Et perquam elegans est hujus distinctionis ratio, quam & iidem mediæ sententiæ Auctores afferunt: nempe cum manente materia forma rei externa tantum mutatur, idque quod factum est, in sua initia sive ad rudem materiam reduci potest; rationem naturalem non pati, ut cum Proculo dicamus rem eam nunc primum existere, ac propterea fieri occupantis; sed necesse esse, ut sequatur vires & conditionem materiæ, quæ potenter manet, *l. in omnibus 24. h. t. l. quæsitum 78. §. illud fortasse 4. de leg. 3.* At ubi materia consumitur atque extinguitur, quod nostri semper fieri intelligunt, cum species facta ad pristinam materiam reverti non potest, nullam materiæ, quæ esse desiit, aut prioris domini, cujus in hac specie nihil est, *l. quidquid 7. §. 1. h. t.* cum Sabino rationem haberi posse: sed novæ dumtaxat speciei, ejusque cujus facto ea in rerum natura esse cœpit, *d. l. 3. §. genera 21. de acq. poss.* Scio equidem, D. Connanum *lib. 3. comm. 6.* auctores hujus sententiæ reprehendere: atque hoc solum hic spectari velle: plusne pretii sit in opere, ac in materia, Dominum quoque Grotium censeri, speciem communicandam, sicut confusis materiis communio inducitur pro rata ejus, quod quisque habuit, *lib. 2. de jur. bell. c. 8. n. 19.* Ego tamen a veterum illa distinctione non recedo, magisque naturale esse arbitror, ut in quæstione proposita inspiciatur, utrum res, quæ prius fuerat, extincta sit, necne: quam ut vel ex pretio rei operisve de jure dominii statuatur, aut citra necessitatem inducatur discordiosa communio: eoque jure etiam nunc utimur, teste eodem Grotio *l. 2. mand. c. 8.* VINN. At non ubique utimur. Quin quum materia plerumque sit res fungibilis, in quam non cadit pretium affectionis: vix potest ratio excogitari, cur dominus materiæ dominii quæstionem movere velit specificanti, & non potius agere ad id, quod interest, nisi ponas materiam esse admodum raram. Vid. Tomasf. *de pret. affect. in res fungibiles non cadente, cap. 3. §. 41. & seq.* HEIN.

Frumentum ad spicas reverti non potest) Inter exempla specierum, quæ ad id quod prius fuerant, reverti non possunt, frumentum excussum etiam Cajus refert *d. leg. 7. §. cum quis 7.* sed ille, quod hic omissum est, mox subjicit, se eorum sententiam probare, qui frumentum alienis spicis excussum, ejus esse non dubitabant, cujus spicæ essent: propterea quod cum grana, quæ spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excutit spicas, non novam speciem faciat, sed eam quæ est, detegat. Quod idem eadem ratione dicendum est, de leguminibus, lupino, lente, cicere, fabis; aliisque id genus frugibus, quæ siliqua continentur. Exemplo frumenti idem de vino ex uvis, & oleo ex olivis alienis expresso statuit D. Bachovius, quod non probo. Non enim ut frumentum se habet ad spicas, ita se habet vinum & oleum ad uvas vel olivas. (5) Spicæ non sunt materia, ex qua fit frumentum, sed frumentum excussum idem manet, quod ante fuit: unde sicut eamdem speciem, ita & idem retinet nomen. Vinum autem & oleum fiunt ex uvis & olivis: atque ut in aliud nomen, ita & in aliam speciem uvis & oleis peremptis transeunt. Theod. 1. *Dial.* 4. Καὶ τῆς ἀμπέλου τὸν καρπὸν σαφυλὴν ὀνομάζοντες, ὅταν ἀποθλίψωμεν, οὐ σαφυλὴν, ἀλλ' οἶνον προσαγορεύομεν. Utique dum hæc incipiunt esse, quod non erant, desinunt esse quod fuerant: & poterant quoque in alium usum converti; uvæ siccari; olivæ servari ad conditurum, &c. Et alioquin dicendum esset, nec caseum aut butyrum ex lacte alieno factum, nec siceram ex pomis alienis expressam facientis fieri. Quod si in his omnibus Sabini sententiam probandam existimat Bachovius, cur mediæ sententiæ Auctores solum excipiunt frumentum? Paulum temere adducit in *l. eo 12. §. 3. ad exhib.* quippe qui eo loco diserte respondet de eo, qui speciem fecit, cum sciret materiam alienam esse; aliud nimirum responsurus, si quis idem bona fide fecisset, ut facit in *l. sed si meis 26. h. t.* Ea igitur ratio, quam in d. responso subjicit, ad hypothesim revocanda est, ut quæstioni & responso serviat. De navi ex alienis tabulis facta non satis convenit propter obscurum veteris, ut videtur, dissensionis vestigium, quod extat *in l. Minucius 61. de rei vind.* Etenim cum mediæ sententiæ Auctores generaliter definiant speciem, quæ ad id corpus, quod prius fuerat, reduci non potest, facientis fieri, navemque ex alienis tabulis factam nominatim inter hujusmodi species, uti revera est, numerent, quid cunctamur cum Paulo respondere, navem ejus esse, qui fecit? *d. l. sed si meis 26. h. t.* Putat etiam D. Connan. *3. comm. 6.* partem alteram responsi Minuciuni reprehendi a Juliano, rationemque reprehensionis esse in postremis verbis, *nam proprietas totius navis carinæ Causam sequitur*, id est, *cum*, ait Connanus, *qui navem carinando formavit*. Nam carinam non semper infimum navis alveum significare; sed interdum poni pro ipso navis corpore, quod totum carinatum est: hoc est, pro totius navis forma, ut in *l. 24. §. ult. d. l. 1. arg. l. proponebatur 76. de judic.*

Dubitandum non est hoc casu, &c.) A comparatione majorum; in scholis dicerent, a minori probabilitate ad probabilitatem majorem, quasi dicat: si species, quam fecimus ex materia, quæ tota aliena est, nostra fit; multo magis nostra fieri debet, si facta sit pro parte etiam ex materia nostra. (6) Est tamen & hic adhibenda superior cautio, si ea res ad priorem materiam reverti non potest: quippe generalis definitio est, ea quæ in sua initia redigi possunt, vires materiæ numquam effugere, *l. in omnibus 24. h. t. l. quæsitum 78. §. 4. de leg. 3.* Atque hanc quoque esse mentem Justiniani, exempla proposita declarant. Cujus igitur erit hujusmodi species, si reduci possit? Nimirum suum quisque retinebit, & pro parte sua materiam vindicare poterit, *arg. l. 5. §. 1. de rei vind. l. 12. §. 1. l. quicquid 27. §. ult. h. t.* quæ & communis interpretum sententia est, a qua sine causa recedere mihi videntur Bachov. Borcholt. & D. Thulden. *hic 41.* Hoc autem jure constituto, ne aut dominus materiæ, aut is qui materiam mutavit, queri possint; ille, ubi materia extincta est, eam alieno sibi facto periisse: hic, ubi ea mansit, se perdere ope-

operam bona fide impensam: uterque, contra naturam esse, ut quis ex re aliena locupletetur cum alterius detrimento; utrique consultum est illi actione in factum, qua consequatur aestimationem materiae suae; huic exceptione doli mali, qua opposita ei, qui speciem suam vindicabit, servet impensas a se factas, *arg. leg. in rem* 43. §. §. *si id quod* 4. & *seqq. de rei vind.*

T E X T U S.

De accessione.

26. *Si tamen alienam purpuram vestimento suo intexuerit, licet pretiosior sit purpura, tamen accessionis vice cedit vestimento; & qui dominus fuit purpurae, adversus eum, qui surripuit, habet furti actionem & condictionem; sive ipse sit, qui vestimentum fecit, sive alius. Nam extinctae res licet vindicari non possint, condici tamen a furibus & quibusque aliis possessoribus possunt.*

N O T Æ.

26. *Si alienam purpuram*) Similis locus est apud Paul. *l.* 26. §. 1. *hoc* tit. Ulpian. *l.* 7. §. 2. *ff. ad exhib.*

COMMENTARIUS.

1. *Accessionis quae facto hominis contingit, quot sint genera, & quo proposita pertineat?*
2. *Explicatur definitionibus aliquot, quid, cui, & quando accessionis vice cedat?*
3. *Quibus rebus differat hoc genus acquisitionis a specificatione?*
4. *Quomodo domino purpurae & generaliter partis, quae cessit, consulatur?*
26. *Vulgata hujus §. lectio defensa adversus D. Anton. Contium.*

LOcum hunc video a plerisque in transitu dumtaxat tractatum esse, dignus tamen est, qui propius consideretur & otiose. Et quia ad accessiones pertinet, repetenda animo est memoria eorum, quae nuper diximus, videlicet quaedam rebus nostris accedere beneficio fluminum velut a natura, quaedam facto & opera humana. De iis, quae a fluminibus accedunt, copiose jam tum disputavimus. (1) Accessionis quae ab hominibus est, docendi gratia, quo res tota perfectius cognoscatur, duo genera nunc facimus; confusionem & conjunctionem. Confusio est, cum duae materiae liquidae inter se & in unum corpus permiscentur, veluti cum vinum cum vino miscetur, argentum cum argento conflatur, de quo §. *seq.* Conjunctio est, cum res ita junguntur, ut cohaereant, discreta manente earum substantia: sive ita res alienae rebus nostris junctae cohaereant, ut iis quasi basibus innitantur, veluti quae in solo nostro aedificantur, plantantur, feruntur, in chartis nostris aut tabulis scribuntur aut pinguntur, de quibus omnibus item postea: sive ita, ut sint tamquam additamenta aut ornamenta rei nostrae; ut si pes aut manus jungatur statuae, ansa scypho, gemma includatur auro, emblemata phialis jungantur, *leg. in rem* 23. §. 2. & 5. *de vind. l. sed si* 26. §. 1. *h. tit. l.* 7. §. 2. *ad exhib. leg. cum aurum* 19. §. *perveniamus* 13. *de aur. arg. l.* eodemque etiam pertinet, quod hic traditur de purpura vestimento intexta, *d. l.* 7. §. 2. *ad exhib.*

Si tamen) Quo conjunctio illa segregativa respiciat non video, nisi eo referas, quod cum in calce praecedentis §. dixisse, vestimentum quod quis partim ex sua, partim ex aliena materia fecit, facientis esse, hoc loco aliquid addere Justinianus voluerit vestimento, quod quis fecit ex sua quidem materia, eaque sola, sed cui ornando alieni aliquid adjunctum, attextum, aut intertextum est: licet id ad superiores rationes non pertineat. Neque enim purpura (quo exemplo hic Imp. utitur) vestimento intexta pars, ex qua vestimentum factum proponitur; sed aliquid, quod vestimento jam facto aut praeparato ornatus causa additur aeque accedit. Purpuram autem hic accipiemus, aut clavum purpurae, aut praetextam, id est, segmentum, fimbriam, laciniam, limbum.

Licet pretiosior sit) Cum enim quaerimus, quid cedat, non pretium spectamus, sed quid cujus rei ornandae causa adhibeatur, ut accessio cedat principali, *l. cum aurum* 19. §. *perveniamus* 13. *de aur. arg. leg.* In universum autem sic de hac quaestione habeto. (2) Quando duae res, quarum unaquaeque per se subsistere potest, ita junctae sunt, ut cohaereant, & unum corpus efficiant propriae speciei ejusdemque nominis; semper pars inferior cedit praestantiori, ut is naturali ratione totius illius corporis dominus esse intelligatur, cujus & praestantior pars est. Si diversa rerum junctarum magnitudo est; ex magnitudine unius partis praestantia aestimatur: ut si statuae pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum jungantur, *l. sed si* 26. §. 1. *h. t. l.* 7. §. 2. *ad exhib. l. in rem* 23. §. 2. 4. & 5. *de rei vind.* adeoque etsi pars minor pretiosior sit, ei tamen cedit, cujus major est species, ut gemmae & margaritae inclusae auro, *d. l.* 19. §. 13. *de aur. arg. leg.* purpura vestimento intexta; ut hic *d. leg.* 7. §. 2. *ad exhib.* Si eadem magnitudo est; ex pretio: si pretium quoque idem; placet neutrum alteri cedere, sed suam cujusque rem manere, *l. quicquid* 27. §. 2. *hoc tit.*

Accessionis vice) Ut pars minor & inferior majori & praestantiori, sicut jam dictum est. Etenim jure speciei totum hoc corpus suum esse dicere non potest dominus majoris partis sive vestimenti, cum is neutram partem nunc primum fecerit, sed factas univerit dumtaxat. (3) Ex quo apparet, errare D. Goed. *in l.* 14. *de verb. signif.* qui putat, haec etiam jure specificationis acquiri: & si, quod Goeddeo placet, nova hic species facta intelligi debeat, ea non acquireretur facienti: quoniam partes junctae separari, & ad id, quod prius fuerant, reverti possunt.

Adversus eum, qui surripuit) In hoc quoque ab acquisitione speciei factae differt haec acquisitio, quod species facta tantum volenti acquiratur, eique, qui eam suo nomine & bona fide fecit: jure accessionis pars juncta etiam ignoranti, etiam ei, qui alieno aut mala fide junxit. Nulla enim hac acquisitione ratio habetur personae facientis aut jungentis, sed rerum junctarum duntaxat; quod notandum est contra VVesembecium & Bachov. qui utriusque acquisitionis eamdem esse rationem arbitrantur.

Sive ipse sit, qui vestimentum fecit, sive alius) Geminus a Justiniano casus proponitur; unus est, quo is, qui purpuram surripuit, ipse vestimentum fecit; alter, quo alius fecit, ad quem purpura surrepta postea pervenit. Et ait, dominum purpurae adversus eum, qui surripuit, habere actionem furti & condictionem: ubi condictionem procul dubio intelligit furtivam, ut recte

Glossa notat: nam quod hæc condictio soli dicitur domino dari, *l. 1. de cond. furt. l. 14. §. qualis 16. de furt. §. ult. infr. de obl. quæ ex del.* Hoc non eo pertinet, ut is, cui semel quæsita est, eam re perempta sine facto suo amittat; sed ut hinc excludantur ii, quorum periculo res alienæ sunt, quibus etsi furti actio, condictio tamen non competit, *d. l. 14. §. 16.* (4) Ut autem in universum intelligas, quomodo domino purpuræ, & generaliter parti quæ cessit, consulatur, sic mecum distinguito. Aut alienam purpuram vestimento suo quis intexuit, aut suam vestimento alieno. Item aut bona fide id fecit, aut mala. Si alienam & bona fide, est adversus eum actio ad exhibendum, ut purpura separetur, & tunc vindicetur, *l. 7. §. 1. ad exhibit. l. in rem 23. §. 5. de rei vind.* Videndum tamen, an non audiri debeat bonæ fidei possessor pretium purpuræ offerens: maxime si ea sine manifesto ejus damno separari non possit. Illud quæsitum est, an etiam bonæ fidei possessori purpura condici possit. Et puto posse, cum Barone & Wesembecio arg. ejus, quod in fine hujus §. dicitur, res extinctas a quibusvis possessoribus condici posse, *& §. nunc admonendi 2. inf. quib. alie.* & nimirum condictione sine causa, nam etsi jure gentium propter accessionem dominus purpuræ factus sit, nulla tamen causa est, cur pretium lucretur, & cum aliena jactura locupletior fiat. Si mala fide intexuit, datur adversus eum actio furti & condictio furtiva, *hoc text.* datur & ad exhibendum actio & vindicatio, tamquam adversus eum, qui dolo malo possidere desiit, *arg. l. 1. in fin. l. in fin. l. 2. de ting. junct. l. sin autem 27. §. 3. l. qui petitorio 36. in pr. de rei vind. l. qui dolo 131. de reg. jur.* Si quis autem suam purpuram intexuit vestimento alieno, si quidem in bona fide, & potest & possidens vestimentum retinere, donec de purpura & sumptibus eis satisfiat, & omissa possessione ad exhibendum agere, ut purpura separetur & vindicetur, *d. leg. 23. §. 4. & seq. de rei vind.* Si mala fide, videndum, num dici possit, voluntate sua proprietatem rei amisisse, *arg. §. ex diverso 30. inf. h. tit.* Quæ de purpura diximus, eadem fere & in cæteris, quæ rebus nostris explendis aut ornandis similiter junguntur, locum habent, *leg. 6. l. 7. §. 2. ad exhib.* exceptis quæ juncta sunt ferruminatione, quæ ne separata quidem vindicari possunt: ideoque eo casu in factum actio domino partis quæ accessit, necessaria, *d. l. 23. §. item quæcumque 5. de rei vind.* VINN. Subtiliter distinguit Paulus in *d. l. 23.* inter adferruminationem & adplumbaturam. Sed hanc distinctionem admisisse haud videtur Ulp. *l. 7. §. 3. ff. ad exhib.* Quin Pomponius in *leg. 27. pr. ff. de acq. rei. dom.* nec in adplumbatura, nec in adferruminatione concedere videtur vindicationem materiæ. Sic diversa principia sequuti videntur veteres, pro sua quisque secta, cui hærebant. Quodnam momentum hujus quæstionis sit in praxi diximus jam ad §. antecedentem, verb. *media sententia*. HEIN.

Nam extincta res) Licet purpura attexta vestimento integra maneat, pro extincta tamen, quia vestimento cedit, habetur: sicut gemma inclusa auro, aliaque, quæ res nostræ ad se per prævalentiam trahunt, salva eorum substantia, *d. l. 6. ad exhib. d. l. 23. §. 2. & 5. de rei vind.* Unde Theophilus, Δοκεῖ, inquit, ἡ πορφύρα τρόπῳ τινὶ ἀπολέσθαι, τῷ μὴ εἶναι αὐτὴν καθ᾽ ἑαυτήν, ἀλλ᾽ ἑτέρᾳ ἐσθῆτι ἐνωθῆναι.

Licet vindicari non possint) Directo, amissa videlicet earum proprietate, & nimirum quamdiu cohærent: nam quod de gemma inclusa annulo alieno responsum est, eam vindicari non posse, sed posse agi ad exhibendum, ut excludatur, & exclusa vindicetur, *l. 6. ad exhib.* id locum habet in omnibus, quæ similibus rebus nostris juncta accessionis loco cedunt, *d. l. 23. §. de rei vind.* Tentari etiam potest, quod modo diximus, adversus eum, qui mala fide junxit, utilem quoque in rem actionem esse, non tamquam adversus eum, qui possideat, sed qui dolo malo possidere desierit.

Et quibusque aliis possessoribus) A furibus etiam condictione furtiva; ab aliis condictione sine causa aut generali illa triticiaria, *l. 1. de cond. tritic.* Semper enim, ut diximus, bonum & æquum est, pretium mihi restitui ejus rei, quæ hoc jure alium sine facto meo pervenit, & est arg. in *l. 11. §. ult. leg. si & me Titium 32. de reb. cred.* (5) Ant. Contius ex manuscriptis restituit: *Et quibusdam aliis possessoribus*; ut sit sensus non tantum furibus res consumptas condici posse, sed aliis etiam possessoribus, qui furibus sunt similes, nimirum iis etiam, qui rem mala fide possidebant, cum eam consumerent. At hi revera etiam fures sunt, *§. furtivæ 2. inf. de usuc.* Quamobrem de lectione vulgata, quæ etiam Theophili est, nihil mutandum censeo, quamvis Contium sequatur Pacius in analysi sua putans, condictionem contra eos, qui bona fide rem consumpserant, non dari. Obiter & Theophili error notandus, qui scribit, condictionem furti etiam in eos dari, qui fures non sunt, quod est ἄδοξον, & miror a Fabrot non animadversum.

T E X T U S.

De Confusione.

27. *Si duorum materiæ voluntate dominorum confusæ sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utrisque commune est: veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed & si diversæ materiæ sint, & ob id propria species facta sit, forte ex vino & melle mulsum, aut ex auro & argento electrum, idem juris est. Nam & hoc casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuito & non voluntate dominorum confusæ fuerint, vel ejusdem generis materiæ vel diversæ, idem juris esse placuit.*

COMMENTARIUS.

1. *Inter confundere, & miscere, quæ sit differentia, cum signate loquimur?*
2. *De effectu confusionis, & quarum rerum quomodo facta confusio communionem pariat?*
3. *Confusionem factam voluntate dominorum, proprie huc non pertinere.*
4. *In confusione fortuita materias confusas communicari sive ejusdem generis sint, sive diversa, extra quam si deduci possint, & num. 6.*
5. *Quid juris, si unus e dominis confuderit altero ignorante, aut tertius aliquis?*

DUobus modis hominum facto per accessionem rei alienæ ad res nostras nobis acquiritur, conjunctione, & confusione. Conjunctionis species est purpura vestimento attexta, ut diximus §. præc. De confusione disputatur hoc loco: quæ quid sit primo videndum: deinde quam vim ad acquirendum, & unde habeat. Verba hæc confundere & miscere aut commiscere vi sua generalia sunt, deque omnibus ἐκ παραλλήλου dicun-

dicuntur, quæ quovis modo permiscentur; ut videre est etiam apud nostros, *l. 7. §. voluntas 8. h. t. l. 3. §. ult. l. 5. pr. de rei vind.* (1) Cæterum cum signate & distincte loqui volumus, confusionem appellamus μίξιν ὑγρῶν, cum corpora liquida aut liquefacta invicem miscentur; commixtionem, μίξιν ξηρῶν, cum sicca & solida, quæ & discreta maneant: quam nominum distinctionem peperit diversi juris, quod in his obtinet, ratio. Confundi igitur proprie res dicuntur, quæ ita permiscentur, ut una ingrediatur alteram, & vicissim alterius partem in se recipiat; veluti cum vinum cum vino miscetur: aurum cum auro conflatur. Effectus confusionis hic est, ut utrique domino pars alienæ rei vice mutua acquiratur, idque vi & potestate rei cujusque, cogente natura rem unam mutuo trahere alteram; unde existit totius corporis, quod ex confusione fit, communio. Cæterum neque quarumvis rerum confusio communionem parit, neque facta quovis modo. Summam tibi ecce. Omnis confusio fiat aut voluntate dominorum, aut citra eam: & citra eam aut casu, (quæ tamen & ipsa non sine facto hominum contingit, eorum scilicet qui res in propinquo posuerunt) aut voluntate unius tantum, sive etiam tertii alicujus, puta Titii. Res, quæ confunduntur, aut unius generis, aut diversorum. Item aut tales sunt, quæ confusæ separari non possunt, aut quæ possunt separari. Nunc sic habe. Voluntate dominorum facta confusio sine ulla rerum distinctione communionem facit. Casu facta non aliter, quam si res deduci non possint. Facta unius voluntate tantum, aut Titio, si materiæ unius generis confusæ sint; quoniam nec diduci possunt, nec novam speciem constituunt. Jam videamus quid Imperator dicat, & singula consideremus accuratius.

Voluntate dominorum) Hæc species proprie huc non pertinet. (2) Neque enim communionem hic inducit rerum confusio, sed mutua dominorum voluntas res suas confundendo tacite communicantium, argumento est, quod etsi duo frumenta sua miscuissent, idem tamen juris, licet in dissimili genere mixtionis foret, *§. seq.*

Utriusque commune est) Pro rata scilicet ejus materiæ, cujusque ante confusionem fuit, *d. l. 3. §. ult. de rei vind.* Res autem communis proprie dicitur, quæ duorum aut plurium est, non quasi tota singulorum, (neque enim duorum in solidum res una esse potest, *l. 5. §. ultim. commod.*) sed singulorum pro partibus, iisque indivisis, *leg. 5. de stip. serv. l. 5. §. ultim. de reb. cor. qui sub. tut.* Itaque quæ partes ante confusionem singulorum erant separatim, post confusionem singulorum esse incipiunt conjunctim, ut jam intellectu magis, quam corpore partes habeant, *dict. l. 5. de stip. serv.* nec possit amplius unius, quod suum fuit, ante confusionem separatim vindicare, sed partem dumtaxat pro indiviso, puta dimidiam aut tertiam: sive, quod eodem recidit, agere communi dividundo, ut res dividatur, & pars rei divisæ dimidia aut tertia pro rata ponderis, quod contulit, restituatur: in quo & pretii rationem judex habebit, si unius pars pretiosior fuit, *dict. leg. 3. §. ult. l. 4. l. 5. de rei vind.* Et si forte res dividi commode non possit, uni totam adjudicabit, eumque vicissim alteri condemnabit in certam summam pecuniæ, *§. eodem 5. infr. de offic. judic.*

Sed etsi diversæ materiæ sint, &c.) Nihil refert, ejusdem generis materiæ voluntate dominorum confusæ sint, an diversi. (3) Nam & nova species, quæ naturaliter ex confusione diversarum materiarum existit, veluti ex vino & melle confuso mulsum, ex massis auri & argenti conflatis electrum; eorum communis fit necesse est, quorum consensu & voluntate materiæ confusæ sunt, & vice mutua quod inde existit communicatum. Ex quo etiam efficitur, ut nihil intersit, materiæ separari, & species facta in sua initia reduci possit, an non possit: quæ differentia spectatur, cum jure specificationis aliquid alicui acquiri volumus.

Electrum) Plinio est aurum, cujus quinta portio argentum est. Secundas post aurum ei tribuit Homerus 4. *Odiss.* ubi regiam Menelai laudantem introducit Telemachum a splendore primum auri, deinde electri: *v. 73.*

Χρυσοῦ τ' ἠλέκτρου τε: καὶ ἀργύρου, ἠδ' ἐλέφαντος.

Vid. *Plin. lib. 33. nat. hist. cap. 4. Strabon. lib. 3.*

Quod si fortuito) Hæc confusionis species propria est hujus loci. (4) Ait, in fortuita confusione idem juris esse, quod foret, si materiæ dominorum voluntate confusæ essent: nimirum etiam totum id corpus, quod ex duorum materiis casu confusis existit, commune esse eorum, quorum materiæ confusæ sunt; nec referre, ejusdem generis materiæ sint, an diversæ, & ob id propria species facta sit: nam quod casu factum est, neminem sibi vindicare posse jure specificationis. Hoc item & Cajus *d. l. 7. §. sed etsi 9. h. t.* Observandum autem est, & hic, & apud Cajum exempla proponi earum dumtaxat rerum, quæ confusæ deduci & separari non possunt, quippe quas communes facit ipsa necessitas & vis naturæ superior: nam confusio hæc eo rem deducit, ut unaquæque materia alteram in sese per omnia confusam & indiscretam habeat; unde evenit, ut vel minima pars unius partem alterius sibi habeat adjunctam, quam & necessario ad se trahat: atque hinc communio. Quod si materiæ, quæ forte confusæ, separari possint, veluti si plumbum cum argento mixtum sit; nulla necessitas intervenit, ob quam fiat, ut una res alteram mutuo ad se trahat, sed cum ab artificibus separari possint, separabuntur: estque in eam rem non ut superiore casu, actio communi dividundo, sed ad exhibendum & in rem, *leg. 5. §. 1. de rei vind. & reg. leg. lacus 12. §. 1. hoc. tit.* (5) Sed quid non casu, nec tamen voluntate dominorum confusio facta sit, puta a Titio, vel ab uno ex dominis altero ignorante? quæ species hic omissa. Et siquidem, verbi causa, Titius vinum Mævii cum suo confuderit, aut cum vino Sempronii, aliasve ejusdem generis materias miscuerit: adhuc probandum est, corpus, quod ex ea confusione fit, Titii & Mævii, aut Mævii & Sempronii commune esse; quia pristinam speciem continet, & res alium exitum naturaliter reperire non potest. Quod si diversi generis sint, quia hic novi corporis species existit; ea tota Titii erit jure specificationis, si ad initia sua reduci non potest: si potest suum cujusque manebit, *d. l. 5. §. 1. de rei vind. d. l. lacus 12. §. 1. h. t.* vid. *sup. §. cum ex aliena 25. eod.*

Idem juris esse placuit) Paraphrastes vertit negative; οὐ τὸ αὐτὸ γίνεται. (6) Et sane non est idem juris per omnia; nam si materiæ casu confusæ separari possunt, nulla earum communio est, sicut jam diximus. Arbitror tamen contra Hotomannum, eodem modo hic legendum, quo legitur apud Cajum *dict. leg. 7. §. sed & si 9.* unde hæc descripta sunt, nimirum affirmative, & utrumque locum ex aliis cum Accursio sic temperandum: si tales materiæ fortuito confusæ sunt, quæ

quæ deduci non possint; cujus etiam generis exempla, nec alia a Justiniano & Cajo proposita sunt. Sed & Harmenopolus *lib. 2. tit. 1.* πρίν ἐξ ἀλλοτρίας ὕλης γινόμενα, εἶδος, affirmative legit, τὸ αὐτὸ γένος. VINN. Sed tamen, si facta confusione, species emerserit nullius usus v. gr. si vinum & cervisia confusa sint, vix dubitandum, quin in foro confundens solus damnum sentire, alterique non partem novi istius liquoris, sed pretium rei suæ reddere teneatur. HEIN.

T E X T U S.

De Commixtione.

28. *Quod si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, si quidem voluntate vestra, commune est: quia singula corpora, id est, singula grana, quæ cujusque propria fuerunt, consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse: quia singula corpora in sua substantia durant. Sed nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur: in rem quidem, actio pro modo frumenti cujusque competit: arbitrio autem judicis continetur, ut ipse æstimet, quale cujusque frumentum fuerit.*

N O T Æ.

27. *Non magis istis casibus*) A simili, ubi tamen illud dissimile, quod pecora mixta facilius discerni possunt, quam grana, & ob id etiam singula vindicari, *l. 23. §. 5. vers. at in his, ff. de rei vind.*

Quale cujusque frumentum) Vi igitur ipsa non alia hic sententia & restitutio: quam si frumentum vere commune esset, *l. 2. §. ult. de rei vind.*

COMMENTARIUS.

1. *Commixtionem proprie dictam ad disputationem propositam non pertinere.*
2. *Responsum Javoleni in l. 78. de solut. cum hoc textu conciliatum.*
3. *Comparatio mixtionis pecorum & frumentorum explicata.*

Nihil est in hoc §. quod ad institutam de accessione disputationę pertineat. Agitur de commixtione. (1) Commixtio proprie est cum corpora quæ miscentur, discreta manent, & suam singula speciem retinent, velut si frumentum cum frumento, nummi cum nummis, pecora cum pecoribus inter se misceantur. Hujus, inquam, commixtionis numquam ea vis est, ut per eam potestate rei nostræ aliena nobis acquirantur, sive difficilis sit corporum mixtorum separatio, sive non sit: cum neutro modo fiat, ut aliquid fit in meo aut alieno, quod alterum ad se naturæ necessitate trahat.

Consensu vestro communicata) Quando duorum res voluntate dominorum commiscentur, communicantur illæ quidem sic, ut utrique domino pars alienæ rei vice mutua acquiratur: cæterum hoc non efficit commixtio aut accessio, sed tacita voluntas dominorum mutua traditione specie suas communicantium, *hoc text. d. l. 7. §. voluntas 8. eod. l. 5. de rei vend. l. 4. pro soc.*

Quia singula corpora in sua substantia durant) Hoc est, natura & essentia sua superata & discreta manent; ut proinde dici non possit, esse quicquam in hoc acervo Titii, quod tuum ad se trahere debeat, aut in totum aut pro parte: aut quicquam esse tuum, quod debeat ad se trahere, quod Titii est. At sine horum alterutro nihil vestrum commune fieri potest in acervo frumenti casu aut sine voluntate unius vestrum commixti. (2) Objici huic loco solet, quod Javolenus ex Cajo refert, nummos alienos in solutum datos creditoris accipientis fieri, si is eos ita miscuerit suis, ut discerni non possint, *l. si alieni 78. de solut.* An dicemus idem esse in frumentum, quod quis ex simili causa acceptum bona fide cum suo miscuit? At refragatur generalis definitio hujus loci, tum etiam ratio subjecta, & comparatio frumenti mixti & pecorum. Plerique putant, inter nummos & frumentum hoc interesse, quod nummi ita commixti, ut discerni non possunt, pro consumptis habendi sint, frumentum non antequam farina ex eo confecta sit: quippe rerum, quæ usu consumuntur, consumptionem æstimari ex consumptione ipsorum corporum: pecuniam autem numeratam intelligi consumi plerumque salvis nummorum corporibus, *§. constituitur 2. infr. de usufr.* Notum vero esse, consumptione nummorum in creditum vel in solutum datorum causam dominii mutari, *l. 13. l. non omnis 19. §. 1. in fin. d. reb. cred.* Ita propemodum Accurs. quem sequitur communis DD. schola, add. D. Cujac. 13. *obs.* 28.

(3) *Quam grex intelligitur esse communis*) Exemplo pecorum alienorum gregi meo mixtorum docet, frumenta quoque sine voluntate dominorum mixta sua cujusque manere, neque in acervo facto quicquam esse commune; quippe eadem rationem esse singulorum granorum in acervo, quæ est singulorum pecroum in grege; utrumque esse corpus. non ἡνωμένον, aut συνημμένον, sed διεστός, cujus partes non cohæreant, aut uno spiritu contineantur, sed quæ singulæ essentia sua maneant distinctæ, propriamque suam speciem retineant: ac proinde rationem juris non pati, ut hic magis quam illic dominia confundantur, *arg. l. rerum mixtura 30. de usuc.* junct. *l. in rem. 23. §. 5. vers. at in his de rei vind.* Cæterum comparatio hæc illud habet dissimile, quod pecora aliena meis pecoribus mixta facile discerni possunt, & ob id singula vindicari, *dict. vers. at in his*, grana autem commixta non item. Qua ratione putarem, ne voluntaria quidem pecorum mixtione gregem communem fieri, nisi id expresse actum proponatur.

In rem actio pro modo frumenti) Ubi res communis non est, cessat communi dividundo judicium, *l. 1. com. div.* sicut in proposito. Cæterum nec grana ipsa, quæ cujusque ante commixtionem fuerunt, vindicari poterunt, quia discerni & designari nequeunt: nec pars acervi; quod non licet nisi in acervo communi, sed quantum in acervo cujusque fuit, atque etiam non est, *l. 5. pr. de rei vind.* Nec refragatur actionis in rem natura, quæ exigit, ut res, quæ petitur, designetur, *leg. 6. d. tit.* Satis enim designari videntur grana petita hoc ipso, quod designantur certo loco ante acervo contenta & circumscripta: Tantum laborabitur in exitu judicii & restitutionis.

Quale cujusque frumentum) Igitur si unius frumentum fuerit pretiosius, officio judicis continebitur, ut ejus quoque ratio habeatur, & hoc amplius ferat is, cujus frumentum pretiosus fuit, vel ex acervo, vel certæ pecuniæ adjudicatione: ut sic omni ex parte utrique satisfiat, *arg. leg. 4. de rei vind. §. eod. inf. de off. jud.* In summa, vi & effectu hic non alia judicis sententia est,

est, & restitutio, quam si acervus vere communis esset, *l. 3. §. ult. d. tit. de rei vind.* Quæ de confusione & commixtione diximus, ea hodieque omnia observantur.

TEXTUS.

De his quæ solo cedunt. De ædificatione in suo solo ex aliena materia.

29. *Cum in suo solo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipse intelligitur dominus ædificii: quia omne quod solo inædificatur, solo cedit. Nec tamen ideo is, qui materiæ dominus fuerat, desinit dominus ejus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum ædibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo præstare per actionem, quæ vocatur* De tigno juncto. *Appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua ædificia fiunt. Quod ideo provisum est, ne ædificia rescindi necesse sit. Quod si aliqua ex causa dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus, si non fuerit duplum jam consequutus, tunc eam vindicare, & ad exhibendum de ea re agere.*

NOTÆ.

29. *Nec tamen, &c. desinit dominus esse*) Ergo hoc casu qui ædificavit, dominus est ædificii, alius dominus materiæ, ex qua constat, *l. 7. §. 2. ff. de re jud.* fac. *l. 13. §. ult. ff. de rei vind. l. 13. de usuc.*

Neque ad exhibendum) *d. l. 23. §. pen. l. 6. ff. de exhib. l. 1. de tign. junct.* nisi adversus malæ fidei ædificatorem, *d. l. 23. §. pen.* tamquam qui dolo malo fecerit quominus possideat, *l. 1. & l. 2. §. tign. junct.*

Eximere cogatur) Ne sc. ædificia rescindi necesse sit, ut mox sequitur. Potest igitur duplici modo præstatio evitari, si quis tignum eximere malit, & domino restituere: neque enim id facere prohibetur, dum ne ruina ædium deformetur publicus urbis aspectus, *l. 2. C. de ædif. priv.* Eadem lege prohibetur solutio tigni alienis vineis junctis, ne sc. turbetur cultura vinearum, *d. l. 1. de tign. junct.*

Si non fuerit duplum consecutus) In casu malæ fidei etsi consecutus fuerit. Nam qui sciens junxit, non liberatur præstatione dupli, sed est adversus eum extrinsecus adhuc rei vindicatio, *l. 2. de tign. junct.* Pœnalis enim eo casu hæc actio est.

COMMENTARIUS.

1. *Non continuo eum, qui ædium dominus sit, dominum esse, & singulorum tignorum.*
2. *Actionem de tigno juncto dari etiam in duplum adversus eum, qui bono fide junxit.*
3. *Præstationem dupli evitari posse tigni exemptione & restitutione.*
4. *Actionem de tigno juncto, apud nos exolevisse.*

Diximus non ita pridem; duobus modis contingere, ut res alienæ rebus nostris facto hominum accedentes nobis adjiciantur, confusione, de quo proxime loquuti sumus, & conjunctione. Conjunctionem appellamus, cum duæ res junguntur, ut cohæreant, ut unum corpus constituant, integra manente rerum substantia. Duo quoque genera hujus conjunctionis fecimus: unum earum rerum, quæ junctæ nihil amplius habeant quam additamentum & expletionem ejusdem corporis, de quo genere dictum sub *§. si tamen 26. sup.* alterum earum, quæ sic aliis junguntur, ut in his tamquam in subjecto consistant, ac sine his esse non possint, cujusmodi sunt hæc quinque, quæ nunc porro singula exequemur, in solo ædificata, plantata, sata scripta in chartis aut membranis, picta in tabulis. n.

Quia omne quod solo inædificatur, solo cedit) In conjunctione rerum, de qua agimus, uti naturali ratione præstantior existimanda est ea res, quæ per se consistere potest: inferior, quæ imponitur, & sine illa consistere non potest; ita & eadem ratione fit, ut hæc ab illa per prævalentiam trahatur, illique ut præstantiori cedat: ac proinde utriusque dominus efficiatur, qui dominus fuerat præstantioris, *l. in rem 23. §. 3. & 4. de rei vind.* Hæc ratio generalis est ad omnes species hujus conjunctionis pertinens. Ait, *omne, quod solo inædificatur.* Hæc prima species est hujus accessionis, atque de ea ita jus est. Omne ædificium, quamvis ex aliena materia, solo impositum, solo cedit, *d. l. 7. §. cum in suo 10. hoc tit. d. l. in rem 23. §. pen. & ult. de rei vind. l. 2. de superf. l. qui domum 50. ad leg. Aquil. l. 2. Cod. de rei vind.* Idque sive dominus soli ex aliena materia ædificaverit in suo, sive e converso dominus materiæ ædificaverit in solo alieno, *dict. leg. 7. §. ex diverso 12. hoc tit. & §. seq. eod.* Solo autem impositum accipi oportet etiam id, quod verbi causa supra parietem meum ædificatum est, *l. si supra 28. hoc tit.* Cæterum ut rationi hujus juris locus sit, necesse est, ut id quod ædificatum est, solo cohæreat. Nam si Titius exempli gratia horreum frumentarium ex tabulis ligneis factum mobile in prædio Seji posuerit: id non Seji erit, sed Titii, qui posuit, *l. Titius 69. eod.*

Nec tamen is, qui materiæ dominus fuerat, desinit, &c.) Diximus; eum, qui ex aliena materia in suo ædificavit, dominum fieri ædificii: cui consequens videri poterat, eum, qui materiæ dominus erat, dominum ejus esse desinere: cum duo ejusdem rei in solidum domini esse non possint. Contra tamen & hic & apud Cajum scriptum est, materiæ dominum dominium idcirco non amittere, & quamvis stante ædificio dominum adhuc intelligi. Hoc ne quem offendat, sciendum est, pro diversa materiæ consideratione utrumque dici posse, & dominum ædificii materiæ quoque dominum effici, & materiam prioris domini manere. Etenim si tigna vel cæmentaria consideremus ut juncta & connexa ædificio, hac consideratione quamdiu juncta manent, ipsius ædificii sunt, & domini totius; unde & dempta dicuntur in pristinam causam reverti, *leg. habitator 59. de rei vind. leg. sed si 26. §. 1. hoc tit.* At si animum a conjunctione avertas, & ædificio quasi insuper habito tigna consideres in se & ut seorsum substantiam suam habentia, non potest videri materiæ dominus jus suum amisisse: & ideo ea tigna, licet juncta, adhuc aliena ubique appellantur. Adeoque recte nunc dicemus, aliud esse materiam, aliud ædificium: ædium quamdam universitatem intelligi; materiam, cæmenta, tigna, lapides, res esse singulas, quæ ob id jure universi non utique censeantur. Hinc enim est, quod placet eum, qui universas ædes possidet, non videri singula cæmenta possidere, eaque nec usucapere, *leg. in rem 23. §. ult. de rei vind. leg. eum qui 33. de usuc.* & quod Ulpianus respondet, eum, qui insulam petiit, si victus postea cæmenta vel tigna petat, non videri idem petere, *l. 7. §. 2. de exc. rei jud.* nimirum quod ne-

necesse non sit, eum, qui ædium dominus sit, materiæ quoque dominum esse: quam rationem & ipse mox subjicit. Cæterum dubitandum non est, quin verum sit, quod D. Hotomannus hic notat, si ex aliena materia nova primum species facta fuerit, deinde novum id corpus ædificio inclusum: ejus id manere, cui jure specificationis quæsitum erat: verbi causa, tigna aut tabulas ex aliena arbore fabricatas & mox injunctas ædificio ejus esse & manere, qui tabulas fecit, *arg. l. sed si meis 26. pr. hoc tit.*

Neque ad exhibendum) Tignum alienum ædibus junctum lex duodecim tabularum non tantum vindicari prohibet, sed etiam solvi, ut proinde nec ad exhibendum de eo agi possit, *leg. in rem 23. §. pen. de rei vind. l. 6. ad exh. l. 1. de tign. junct.* in quo diversum jus tigni injuncti, & verbi causa gemmæ injunctæ annulo alieno: ea enim licet quamdiu cohæret, vindicari nequeat; ad exhibendum tamen eo nomine agi potest, ut eximatur, & tunc vindicetur, *d. l. rem 23. §. item quæcumque 5. de rei vind. d. l. 6. ad exhib.* Videsis quæ notavimus supra §. *si tamen 16. hoc tit.*

Ne quis tignum eximere cogatur.) Duplicem ego causam reperio, cur lege 12. *tabular.* vetita tigni alieni ædibus juncti vindicatio. Una est, ne ob id ædificia rescindi necesse sit, *l. 1. de tign. junct. l. 7. cum in suo 10. h. t. & hoc text.* altera, ne per hoc ruinis urbs deformetur: *l. 2. §. si quis 17. l. ult. ne quid in loc. publ. l. 2. Cod. de ædif. priv.* quarum illa principalis esse videtur, & rationem finis unicuique legi propositi habere, hæc *συναίτιοι* & illius adminiculum, de quo mox plura. Eadem lege & solutio tigni alienis vineis juncti prohibetur, ne scilicet turbetur vinearum cultura, *l. 1. de tign. junct.*

Sed duplum pro eo præstat) Ne dominus materiæ queri posset, injuriam sibi fieri, quod re sua quamdiu ædificium manet, carere cogatur; data est in eum, qui junxit, actio de tigno juncto ad tigni æstimationem, & quidem in duplum, *l. 1. de tign. junct. l. in rem 23. §. pen. de rei vind. l. 6. ad exhib.* (2) Nec dubito, quin ea actio in duplum etiam adversus eum danda sit, qui bona fide junxit: id enim textus fere omnes arguunt, qui de hac actione loquuntur. Nam primo, ut bene observavit D. Tuldenus *cap. 42.* in eum hæc actio dari dicitur & hoc loco & apud Cajum, *d. l. 6. §. cum in suo 10.* adversus quem nec in rem, nec ad exhibendum agi potest; quorum utrumque contra est in eo, qui sciens rem alienam junxit, *d. leg. 7. §. cum in suo 19.* adversus quem nec in rem nec ad exhibendum agi potest, quorum utrumque contra est in eo, qui sciens rem alienam junxit, *d. l. 23. pen. de rei vind.* non quod sic conveniatur quasi possidens ut tignum restituat, sed ita quasi dolo malo fecerit, quominus possideat: aut restituere possit, ut pretium æstimetur jurejurando in litem, *l. 1. in fin. de tign. junct.* eoque pertinet locus Pauli in *leg. qui res 98. in fin. de solut.* ubi ait, legem 12. tabularum sciscere, tignum ædibus junctis vindicari posse, sed solvi id prohibuisse, pretiumque ejus voluisse dari; Deinde nec hoc ad eum pertinet, qui mala fide junxit; quod denegatur domino materiæ vindicatio, non solum stante, sed etiam diruto ædificio, si jam ante per actionem de tigno juncto duplum sit consecutus: nam adversus eum, qui sciens junxit, ut furem, præter actionem dupli, extrinsecus adhuc est rei vindicatio, *l. ult. de tign. junct. §. ult. infr. de oblig. quæ ex dol.* Huc idem facit *l. de eo 63. de don. int. vir. & ux.* nam cum ibi solus ille casus excipiatur, quo tignum volente &

sciente domino junctum est, satis significatur, in cæteris actioni de tigno juncto in duplum esse locum. Denique cur actionem de tigno juncto etiam adversus eum, qui bona fide junxit, lex 12. *tabular.* dedisset, si dominus tigni nihil amplius per eam consequeretur: quam consecuturus esset actione in factum, quæ sublata vindicatione adhuc superesset? *d. leg. 23. §. item quæcumque 5. de rei vind.* Huic autem sententiæ duo obstare videntur. Primum est, quod lex de tigno furtivo locuta est, *d. l. cap. 63. de don. int. vir. & ux. d. l. 1. de tign. junct.* alterum, quod iniquum videtur, qui bona fide junxit, in duplum teneri. Quibus hæc reponimus. Primo etiam tignum, quod ab alio surreptum, ab alio bona fide junctum est, furtivum esse, vitio furti rem comitante. Ad hæc, legem 12. tabularum furtivi non ideo mentionem fecisse, quod nomine non furtivi agi in duplum noluerit, sed quia raro accidit, ut res alienæ mobiles, quæ insciis dominis ad alios perveniunt, in furti vitium non cadant, §. 2. *inf. de usuc.* unde nec Cajus, nec Justinianus, nec Paulus in *dict. leg. 23. §. pen. de rei vind.* furtivi mentionem faciunt, sed alieni duntaxat, cum tamen id omnes proponant ex eadem lege. Postremo, nullam hic esse iniquitatem: nam & injuria, quæ domino materiæ fit, quod re sua carere cogitur, commodo aliquo pecuniario compensanda fuit, & pro duplo quod ille accipit, majus vicissim commodum consequitur, qui junxit; ne videlicet cogatur tignum eximere cum metu ruinæ ædium suarum. Sed & potest dupli præstationem effugere, si tignum eximere malit, & domino restituere: neque enim id facere prohibetur lege 12. tabularum, quippe qua cautum est, non ut ne domino tignum eximere liceat, sed ne quis id eximere cogatur, ne ædificia rescindere aut demoliri cum summo damno ædificantis necesse sit, hoc text. & apud Cajum, *d. l. 7. §. cum in suo 10. hoc tit. l. 2. §. si quis 17. l. ult. ne quid in loc. pub.* Unde alii loci explicandi sunt, quibus traditur, legem prohibere, vetare, non permittere tignum solvi, *l. 6. ad exh. l. 1. de tign. junct. l. qui res 89. in fin. de solut.* nimirum non tantam vindicationem, verum etiam actionem ad exhibendum his verbis legem tollere voluisse, argum. hujus §. & *d. l. 23. §. pen. de rei vind. l. 1. de tign. junct.* Equidem fateor etiam publici decoris & ornamenti rationem hac in re habitam fuisse, ne scilicet ædium demolitione & ruinis aspectus deformaretur; cæterum ut hæc consideratio extrinsecus legem moverit, non fuisse tamen τὸ οὗ ἕνεκα, sive causam, cujus gratia tignum eximi vetuerit, non obscure ex eo colligitur, quod alioqui dicendum esset, numquam licere civibus ædificia sua demoliri, aut tignum inde eximere, quod falsum est, *l. fin. autem 27. §. ult. l. Julianus 36. de rei vind. l. 5. in fin. C. eod. l. pro voluptuariis 9* [illegible] *imp. rei dot.* Sed nec quævis tigni exemptio secum trahit ruinam ædificii: unde fortassis non improbabiliter defendi possit, eumdem fuisse scopum legis 12. tabularum, qui fuit JCti, quo cautum est, ne ea, quæ ædibus juncta sunt, legare liceat, neve negotiandi causa ædificia demoliri, aut marmora, columnas, aliave tigna detrahere, *leg. cætero 41. §. 1. l. senatus 43. de legat. 1. l. senatus 52. de cont. empt. l. ult. de damn. inf.* non alia de causa, quam ut ne integris ædificiis depositis publicus deformetur aspectus, *l. 2. C. de ædific. priv.* ac proinde quemadmodum in senatusconsultum non incidit, qui aliquid detrahit citra metum ruinæ; ita nec offendere legem antiquam, qui ut condemnationem dupli evitet, tignum eximere malit.

malit, modo id faciat fine periculo ruinæ. Ad hunc ferme modum diſputat Bachovius hic. Mihi, ut verum fatear, fruſtra videtur lege prohiberi, quod ſponte ſua nemo niſi inſanus facturus ſit. Moribus harum regionum actio in duplum de tigno juncto exolevit, conſuliturque domino materiæ actione in factum ad pretium conſequendum, Grot. *2. introdu. cap.* 10. Zipæus *natit. jur. Belg. de rei vind.* uti & jure antiquo ei conſulebatur adverſus dominum ſoli, qui ipſe tignum non junxerat, ſed ab alio forte junctum poſſidebat; nam in eum demum, qui convictus erat junxiſſet, in duplum dabatur actio, *leg. 1. in fin. pr. de tign. junct.* VINN. Multæ hic naſcuntur quæſtiones non parum dubiæ, nos binas videbimus. Quæritur an actio de tigno juncto detur adverſus bonæ fidei poſſeſſorem? Quamvis enim id adfirmet Juſtinianus: obſtare tamen videtur (1) quod lex XII. tabularum tantum egerit de tigno furtivo, *l. 1. §. 2. ff. de tign. l. 63. ff. de donat. inter vir. & uxor.* (1) quia hæc actio de tigno juncto ſit pœnalis, adeoque locum non habeat adverſus eum qui nihil deliquit. (3) quod Paulus, *l. 98. §. ult. ff. de ſolut.* diſerte dicit adverſus b. f. jungentem actionem dari in ſimplum. Sed reſp. (1) XII. tab. non abſciſſe meminiſſe tigni furtivi. Verba enim hæc ſervavit Feſtus: *Tignum junctum ædibus vineæque concapET ne ſolvito.* Addidit Gothofredus. *Aſt qui junxit, duplione damnator. Tigna quandoque ſarpta, donec dempta erunt, vindicato.* Unde exempli tantum cauſa JCti meminerunt tigni furtivi. (2) Quod hæc actio, quamvis pœnalis, etiam adverſus b. f. jungentem detur, ratio eſt culpa, quæ & in b. f. jungentem cadere poteſt. Ita recte B. Pagenſtecher. in *Irner. inj. vapul. coit.* 34. §. 7. (In lege 98. *de ſolut.* non negatur duplum peti poſſe, ſed pretium refundendum eſſe, cenſetur. Quæritur II. an jungens exempto tigno liberetur? Adfirmat noſter: adfirmant alii. Sed legem XII. tab. prohibitivam fuiſſe, patet ex *l. 6. ad exhib. leg. 1. de tign. junct. & leg. 98. in fine de ſol.* Et ratio, ne urbs ruinis deformetur, vel ne ædificia diſſolvantur, non admittit, ut dicamus in arbitrio eſſe jungentis, tignum eximere, an duplum ſolvere malit, *l. 63. de don. int. vir. & ux.* loquitur de eo qui ſciente & patiente domino junxit. HEIN.

Omnis materia, ex qua ædificia fiant) Traditur hoc idem & in *l. tigni 7. de exhib. l. tign. 62. de ſign.* unde quidam ajunt tegulam quoque & lapidem & teſtam, hoc amplius & calcem & arenam tignorum appellatione contineri: in vineis perticas & pedamenta, cæteraque vineis neceſſaria, *d. l. §. de tign. junct.*

Tunc eam vindicare) Etſi poſt tempus uſucapionis diſſolutum ſit ædificium, nam qui ædes poſſidet, non intelligitur ſingula tigna poſſidere, ut notatum *ſup. 4. 1. l. 23. §. ult. de rei vind. l. 33. de acq. poſſ. l. 23. de uſuc.*

T E X T U S.

De ædificatione ex ſua materia in ſolo alieno.

30. *Ex diverſo, ſi quis in alieno ſolo ex ſua materia domum ædificaverit, illius ſit domus, cujus & ſolum eſt. Sed hoc caſu materiæ dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur eſſe alienata, utique ſi non ignorabat, ſe in alieno ſolo ædificare: & ideo licet diruta ſit domus, materiam tamen vindicare non poteſt. Certe illud conſtat, ſi in poſſeſſione conſtituto ædificatore ſoli dominus petat, domum ſuam eſſe, nec ſolvat pretium materiæ & mercedes fabrorum, poſſe eum per exceptionem mali repelli, utique ſi bonæ fidei poſſeſſor fuerit qui ædificavit. Nam ſcienti ſolum alienum eſſe, poteſt objici culpa, quod ædificaverit temere in eo ſolo, quod intelligebat alienum eſſe.*

N O T Æ.

30. *Ex diverſo*) Ex Cajo *l. 7. §. 12. ff. hoc tit.*

Si non ignorabat) Nam ſi ignoravit, quamvis ædificium ſequatur ſoli dominum, materiæ proprietatem non amittit, & eam diruto ædificio vindicare poterit, *l. 2. Cod. de rei vind.*

In poſſeſſione conſtituto) Nam ſi non poſſidet, nulla ei actio in re prodita, qua pretium materiæ aut ſumptum conſequatur, *l. 33. ff. de cond. ind. leg. 14. ff. de exc. dol. leg. 48. de rei vind.* Cujacius tamen incerti condictionem dat: id eſt poſſeſſionis.

Poteſt objici culpa) *leg. 37. de rei vind.* Hoc tamen ei concedendum, ut ſine læſione prioris ſtatus rei tollat quod poſuit, *d. l. 37. l. 5. C. eod.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Quantum ad materiam attinet, jus variare pro conditione perſonarum ex ſua materia in alieno ædificantium.*
2. *Non ſemper eum, qui in alieno ſciens ædificat, donandi animo ædificare intelligi.*
3. *Ædificatorem in poſſeſſione conſtitutum pretium materiæ & impenſas ſervare poſſe oppoſita doli mali exceptione.*
4. *Non poſſidenti nullam eo nomine actionem jure proditam.*
5. *An malæ fidei poſſeſſor pretium materiæ & impenſas eadem ratione ſervare poſſit?*

Explicatur hic ſpecies ſuperiori contraria. Illic quæſitum fuit de eo, qui ex aliena materia ædificavit in ſolo ſuo, hic quæritur de eo, qui ex ſua materia ædificavit in ſolo alieno. De quo ex perſonis ædificantium & tempore varie conſtituitur, quantum quidem attinet ad materiam & impenſas in ædificando factas: nam ad ædificii acquiſitionem quod attinet, inter perſonas ædificantium nihil intereſt, ſed illius ſemper fit domus, cujus eſt ſolum, juxta regulam jam traditam & expoſitam, §. *præced.*

(1) *Utique ſi non ignorabat*) Quum non de ædificio ipſo, ſed aut de materia, aut de pretio materiæ, aliiſve impenſis conſequendis quæritur, non eadem omnium ædificantium in propoſito ratio eſt, ſed alia ejus, qui bona fide, dum ſuum putat, alia ejus, qui ſciens prudens in alieno ædificat. De materia ita jus eſt. Qui ex ſua materia in alieno ſolo ædificavit bona fide, is quamvis ædificium quod poſuit, ſolum ſequatur, ac per hoc dominium ſoli, materiæ tamen proprietatem non amittit, *arg. hujus §.* in verbis a me notatis. Et ideo licet manente ædificio nullam de materia neque actionem neque exceptionem habeat, quibus conſequi poſſit, ut materia ſeparetur, & ſibi reddatur propter legem 12. tab. de æſtimatione tamen ei conſultum eſt, de quo mox; & edificio diruto, poterit ipſam materiam vindicare, *l. C. de rei vind.* Qui autem ex ſua materia in alieno ædificavit mala fide, placet, eum proprietatem materiæ amittere in tantum, ut ne diruto quidem ædificio eam vindicare poſſit. Cujus rei rationem hanc affert hic Juſtinianus poſt Cajum in *l. 7. §. ex*

diverſo

diverso 12. h. tit. quod sua voluntate materiam intelligatur alienasse, id est, donasse domino soli. Nimirum hæc juris adversus eum, qui non ignorat se in alieno ædificare, præsumptio est, *arg. l. 14. de donat. l. cujus per errorem 53. de reg. jur.* Cæterum si qua probabilis conjectura &, ob quam videri possit, licet sciens, non tamen animo donandi ædificasse; dissoluto ædificio, materiam vindicare non prohibetur, *l. 2. Cod. de rei vind.* Finge, aliquem in aliena area ædificasse, cujus bonæ fidei emptor fuit: verum ædificasse quo tempore jam sciebat alienam, negabo id eum animo donandi fecisse. Quippe cum spem haberet fore, ut aream usucaperet, *arg. L. Julianus 37. de rei vind.* Finge, ædificasse in solo litigioso; dicam id sui juris possessionisque tuendæ causa fecisse, non animo donandi, per *dict. l. 2. Cod. eod. tit.* Finge denique, colonum aut inquilinum ædificasse in area conducta: dicam id factum esse, quo commodius re conducta uterentur, aut in ea habitarent, non quod materiam domino donare voluerint, *leg. dominus 55. §. 1. locat.* Sed etsi quis mala fide in alieno ædificavit, dum ex materia item non sua, æquum est, soluto ædificio, materiam ad pristinum redire, *arg. d. l. 2.* Atque hæc etiam communis Interp. sententia est. Vid. VVesemb. Mynf. Schneid. Cantiunc. *hic*. Balda Salic. Sichar. ad *dict. leg. 2.* Fachin. *1. controv. 55.*

(2) *Si in possessione constituto ædificatore &c.*) Cum igitur stante ædificio ædificator, cujuscumque generis sit, nullam, ut dictum est, actionem aut exceptionem habeat, qua materiam ipsam consequatur, quæsitum est de materiæ æstimatione cæterisque impensis, quæ in ædificando factæ sunt, anne eas saltem edificator remedio aliquo consequi possit? Atque hic iterum aliud atque aliud pro circumstantia temporis & conditione ædificantium servatur. Primum refert, possideat ædes ædificator, an non possideat. Si possideat, placet, eum impensas servare posse per retentionem, opposita doli mali exceptione, si dominus ædificium vindicet non oblata restitutione impensarum. Et hoc est, quod Jurisconsulti in *dict. l. 7. §. ex diverso 12.* & Imp. hic ajunt, *Si in possessione constituto ædificatore soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiæ, posse eum per exceptionem doli mali repelli*; nimirum quia dolo facit & contra æquitatem naturalem, qui postulat cum alieno damno & injuria fieri locupletior; *l. nam hoc natura 14. de cond. ind.* junct. *l. 1. de dol. mal. exc.* Unde etiam placuit, hanc exceptionem eo usque dumtaxat dandam, quo res facta est pretiosior, *l. in fundo 38. de rei vind.* & ita demum si fructuum ante litem contestatam perceptorum modum excedant, *l. sumptus 48. eod.* Nam qui suum tantum recipere vult, nihil dolo facit, *leg. nihil dolo 129. de reg. jur.* nec studet cum aliena jactura locupletari, qui hoc tantum agit, ut pro quantitate fructuum perceptorum impensæ minuantur. Si non possidet, nulla ei actio jure prodita est, qua pretium materiæ aut sumptus a se factos consequatur. Id adeo ita esse, remotio actionum, quæ hic esse possint, declarabit. Vindicationem & actionem ad exhibendum sustulit lex 12. tab. Actio de tigno juncto adversus eum solum comparata est, qui ipse tignum junxit, *leg. 1. §. de tign. junct.* In factum actio, de qua in *l. in rem 23. §. item quæcumque 5. de rei vind.* non datur adversus eum, cujus nullum factum intervenit. Sed nec actio hic esse potest negotiorum gestorum: quia qui in rem tamquam suum aliquid impendit, suum negotium, non alienum gerit; qua ratione etiam ei denegatur repetitio, *l. 5. Cod. de rei vind.* Et generaliter omnibus, qui non sunt hoc animo, ut quid ab alio repetant, aut alium sibi obligent, *l. 3. Cod. de neg. gest. l. in hoc 14. §. 1. ver. diversum cum. divid.* quippe actus gentium non operantur ultra eorum intentionem, *l. non omnis 19. de reb. cred.* Postremo hæc conditionem indebiti habere potest: nam ut differit Paul. *l. si in area 33. de cond. ind.* qui possessionem ultro domino tradit, nullum cum eo negotium gerit, nihil in eum confert: tantum quod suum est, dominus suo jure recipit. In quam rem extat & generalis definitio Pomponii, ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repeti non posse, *arg. ex quibus 51. dict. tit.* Sed non opus est hac inductione: de singulis si quis dubitet, constanter veteres omnes scribunt, nullo alio modo impensas in rem alienam factas servari posse quam per retentionem; opposita doli mali exceptione, si res a domino vindicetur, Papin. *l. sumptus 48. de rei vind.* Julian. *d. .. si in orea 33. de cond. ind.* Paul. *l. 14. de dol. mal. exc.* Pompon. *l. hæres 21. ad SC. Treb.* Quamobrem cum hoc remedium nulli alii competere possit, quam possidenti, nobis non licet contra manifestam rationem juris & textus expressos aliud excogitare, quo subveniatur etiam non possidenti, data scilicet ei ultro pro consequendis impensis actione, idque solo æquitatis obtentu, deficiente causa & fundamento, in quo actio radicetur, per *l. 1. Cod. de leg.* scilicet facilius alicui actione instituta per officium judicis succurritur in eodem judicio, quam ut inducatur actio, quæ nonnisi ex certis principiis juris nascitur: ac proinde etsi hic sit aliqua obligatio naturalis, quam inducit æquitas, tamen sola naturalis obligatio actionem non producit, nisi jure civili aut prætorio adjuvetur. Ant. Fab. *26. err. 9. & seq.* Tim. Fab. *anniverf. disp. 13. th. 3.* Existimat quidem D. Cujacius 10. *obs. 4.* posse non possidentem condictione incerti possessionem repetere, atque ita adhuc contra agentem opposita doli mali exceptione sumptus servare, *arg. leg. indebiti 15. §. 1. leg. qui exceptionem 40. §. 1. de cond. ind.* Sed multum interest utrum quis in rem alienam qua talem, & quam scit se restituere debere, ac proinde animo alium sibi obligandi impensas faciat, de quo casu dd. textus loquuntur; an suo nomine tamquam in rem propriam, qui casus hic proponitur, per text. in *dict. leg. 14. §. 1. comm. div. l. 5. Cod. de rei vind.* Fallitur quoque Martinus Glossator, eumque secutus Goed. in *leg. compensatæ 79. de verb. sign.* dum non possidenti utilem actionem negotiorum gestorum dant, *arg. l. 9. §. 3. de neg. gest. l. 8. de pign. act. l. 7. §. ult. sol. matr.* Nam *in dict. l. 6. §. 3.* agitur de eo, qui ad res alienas tamquam alienas gerendas accessit, licet eo animo, ut inde lucrum faceret, aut quasdam interverteret. In reliquis duabus de iis agitur, qui impensas fecerint in rem, quam ex contractu & a domino acceperunt, quos certum est, vel actione contraria vel negotiorum gestorum sumptus in eam factos consequi posse; quod & vulgo hic notant DD. Non obstat nobis *leg. 5. Cod. de rei vind.* ubi etiam malæ fidei possessor dicitur habere repetitionem necessariarum impensarum. Primum quia hic non de necessariis impensis quæritur, sed utilibus. Deinde quia ex eo, quod dicitur impensarum esse repetitio, non sequitur, illico eo nomine etiam esse actionem: sufficit enim repetitionem esse suo modo, per retentionem videlicet & exceptionem; quippe verbum re-

repetitionis uti petitionis, etiam ad eum pertinet, qui exceptione utitur, *l. 1. de except. l. 15. vol. rem hab.* neque aliter *in dict. l. 5.* accipi potest, ubi agitur de ædificatore constituto in possessione, D. Don. 10. comm. 7. post Cyn. Castr. Salic. in *dict. l. 5.* Marciani tamen sententiam æquitatis commendatione nunc in judiciis prævalere, saltem quatenus dominus locupletior factus est, scribit D. Carol. Molin. *ad consuet. Paris. tit. 1. §. 1. gloss. 5. num. 82. & seqq.* (4) quod promptius admittendum in eo, qui bona fide in alieno ædificavit, per *l. si me & Pitium 32. de reb. cred.* Paul. Buf. ad *l. 33. de cond. indeb.* Diod. Tulden. *hic cap.* 58. nam & hic diruto ædificio materiam ipsam vindicare non prohibetur, add. Garz. *de expens. & meliorac. c. 1. nu. 24. & c. 7.* Zypæum *not. jur. Belg. de rei vind.*

(5) *Utique si bonæ fidei possessor fuerit, &c.*) Non satis est ad servandas impensas, ædificatorem in possessione constitutum esse, nisi facta sint bona fide: malæ fidei possessori hæc impensarum deductio denegata est, *l. Julianus 37. de rei vind. l. idque 45. §. 1. in fin. de act. empt. l. 5. Cod. de ædif. priv.* Quibus consentaneum est quod scribit Papinianus, *l. sumptus 48. de rei vind.* Sumptus in prædium alienum factos pati quidem non posse, sed exceptione doli opposita per officium judicis, æquitatis ratione servari, si a bonæ fidei possessore facti sunt; ut intelligimus in malæ fidei possessore, ne æquitatis quidem ratione eo passo servari debere. Etenim si is item simili se exceptione tueri velit adversus dominum vindicantem, culpam ei objici posse, & a domino replicari, quod temere & sciens ædificaverit in alieno solo, *hoc text. & l. 7. §. ex diverso 12. eod. l. Julianus 37. de rei vind.* Denique sumptus per errorem factos hac ratione servari posse, *leg. sin autem 27. §. ult. dict. tit.* qui improbe facti sunt, restituendos non esse, *leg. 5. Cod. de ædi. priv.* Quid igitur est, quod Paulus scribit *l. plane 38. de hæret. pet.* etiam in prædonis persona haberi rationem impensarum, ne petitor ex aliena jactura locupletetur? Non distinguam, ut vulgo, inter petitionem hæreditatis & specialem actionem in rem; neque enim adhuc ulla ratio mihi probabilis visa, cur in proposito hæc judicia separentur: sed animadvertendum est, Paulum non simpliciter dicere, etiam prædonem impensas deducere, aut imputare, sive per retentionem opposita doli mali exceptione servare; verum in hujus quoque persona haberi rationem impensarum necessariarum, & utilium. Quod sic omnino accipi debet, ut necessarias quidem deducat, (nam necessariarum impensarum deductio tributa est omnibus possessoribus, etiam qui mala fide possident, *leg. 5. Cod. de rei vind.*) utiles vero, de quibus solis hic quæritur, sine læsione rei tollat, *dict. l. Julianus 37. de rei vind. l. 5. Cod. eod.* Nam ita quoque in prædonis persona utilium impensarum ratio habetur, quarum tollendarum stricto jure nulla ei potestas. Quid ergo, si nolit petitor pati, ut utiles impensas tollat? Potest sane id pro suo jure facere, *l. in fundo 38. de rei vind.* sed hoc casu utiles quoque impensæ deducentur, ne quod ait Paulus, ex aliena jactura petitor lucrum sentiat: quæ ratio in utilibus impensis hoc demum casu locum habet, non autem si paratus sit petitor pati, ut tollantur. Ita D. Ant. Fab. *conj. 1. & dec. 26. err. & seqq.* cui in hoc assentior, licet D. Bachovius vulgatam inter petitionem hæreditatis & singularum rerum distinctionem magis probet, *notib. ad* Treult. 1. *disput.* 14. *thes.* 29. & *par.* 2. *disput.* 20. *thesaur.* 6. Alii, *d. l. 38.* restringunt ad impensas utiles & necessarias simul. Sed cum nihil definierit Jurisconsultus de utilibus tantum: & tam utiles simpliciter, quam quæ simul necessariæ sunt, intellexisse Jurisconsultum, ostendunt exempla, quæ in *l. 39. eod. tit.* mox proferuntur: inter quæ & litis æstimatio servorum gratia soluta: quæ utique utilis tantum impensa est, non etiam necessaria. Quæstio universa de retentione rei ob sumptus in eam a possessore factos multas & magnas recipit varietates, tum ex personis possessorum & petitorum, tum ex caussis & generibus sumptuum, quæ omnia sigillatim persequi non est hujus loci. Vid. D. Donell. 20. comm. 7. Costal. in *l. in fundo 38. de rei vind. & l. si in arte 33. de cond. in* Menoch. *rec. poss. rem 15. num. 500. & seqq.* Charond. *lib. 10. resp. 16.* Garz. *de expens. & meliorat.* & alios allegatos a D. Christe *vol. 2. dec. 174.*

T E X T U S.

De Plantatione.

31. *Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit. Et ex diverso, si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mævii planta erit, si modo utroque casu radices egerit: ante enim quam radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat. Adeo autem ex eo tempore quo radices egerit planta, proprietas ejus commutatur, ut si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in ejus fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus: ratio enim non patitur, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundum radices egerit. Et ideo circa confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.*

N O T Æ.

31. *Si modo utroque casu radices*) Quia ex eo tempore, non solum ut superficies solo adhærescit, & cum solo unum corpus constituit, *l. 40. ff. de act. empt.* sed etiam ex solo alimentum trahit: unde nec eadem arbor, quæ in alieno solo coaluit, manere intelligitur, nec denuo eruta ad priorem dominum revertitur, *d. l. 26. §. 2. h. tit.* Cæterum Nerva, & Verus priori domino utilem in rem actionem dabant, *l. 5. §. 3. de rei vind.*

Communis fit) Non pro indiviso, sed pro regione cujusque prædii, *l. 8. hoc tit.* eruta autem pro indiviso communis esse incipit, *l. 19. comm. div. t. pen pro soc.* Itaque in *d. l. 8. §. 1.* pro & *sunt pro indiviso communia prædia*, legendum est, *pro diviso*. Cujac.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Proprietatem arboris transplantatæ post coalitionem ita immutari, ut ne eruta quidem ad priorem dominum revertatur.*
2. *Quomodo priori domino consulatur de pretio plantæ, primum ei, qui alienam posuit in solo suo, deinde ei qui suam posuit in alieno?*
3. *Pomponius cum Cajo & Justiniano conciliatus.*

SEcunda species cessionis propositæ est plantarum positarum in alieno solo, de qua ita post Cajum in *l. 7. §. ult. hoc tit.* scribit Justinianus: *Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit. Et ex diverso, si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mæ-*

Mævii planta erit, si modo utroque casu radices egerit, ante enim quam radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat. Tria sunt, quæ his verbis docentur. Primum est, plantas in alieno solo posita ejus manere, cujus fuerant, usque dum radices egerint. Alterum, ex quo radices egerint, solo cedere, & incipere ejus esse, cujus est solum. Tertium, nihil in proposita specie interesse, utrum quis in suo solo plantam alienam posuerit, an in solo alieno plantam suam. Ratio cessionis supra est exposita, cui etiam hæc accedit, quod plantæ non tantum in solo consistant, sed ubi radices egerint, etiam ex eo solo alimentum capiant & succum, citra quem vivere ac vegetari non possunt, *l. sed si meis 26. §. 2. hoc tit.*

Si modo utroque casu radices egerit Idem valet, si coaluerit, *§. seq. & d. l. sed si meis 26. §. 2. eod. l. hoc amplius 9. §. Alfenus 2. de damn. inf.* Nam radicum immissione fit, ut plantæ cum terra coalescant & uniantur, ut jam earum non sit separatum a fundo corpus, *l. Q. Mucius 30. de act. empt.* Coaluisse autem & radices immisisse certum indicium est, si vivit adhuc & vegetatur arbor post id tempus, quo emori & exarescere poterat, & certius etiam, si quidem ex se emittat, aut fructum ferat. (1) Et sciendum est, proprietatem arboris transplantatæ, ubi semel radices egerit, ita commutari, ut nec eruta postea ad priorem dominum revertatur, *dict. l. sed si meis 26. §. 2.* Quamobrem nec ei sic consultum est ut domino materiæ, quæ juncta est alieno ædificio: quippe quam dominus, cum eadem maneat, & suo sensu ejusdem diruto ædificio vindicare potest; *l. 2. Cod. de rei vind.* arbor autem, quæ in aliena terra coaluit, non manet eadem, sed fit alia & nova alieno novi soli alimento, *dict. leg. sed si meis 26. §. 2.* Hinc etiam est, quod qui plantam suam in alieno posuit, nec possidens retentionem habeat in hoc, ut positam sibi tollere liceat, cum nec separata ejus sit: quod contra est in eo, qui ex sua materia in alieno ædificavit, *leg. sin autem 27. §. ultim. l. Julianus 37. de rei vind. l. 5. Cod. eod.* vid. *§. præc.* (2) Cæterum æquum est, adversus eum, qui alienam arborem in suum transtulit, de pretio saltem priori domino arboris consuli, ne sic res ei pereat alieno facto, ut nec æstimationem consequatur. Dabimus ergo ei actionem in factum ex definitione, *l. in rem 23. §. idem quæcunque 5. de rei vind.* Varrus & Nerva utilem in rem dabant, *l. 5. de arbore 3. dict. tit.* nimirum pretii consequendi gratia: nam directam in rem non habet, *l. 9. §. Alfenus 2. de damn. infect.* Adversus eum, qui mala fide transtulit, est etiam actio furti, & condictio furtiva, ut adversus furem, *§. ult. inf. de obl. quæ ex del.* Est & vindicatio, & ad exhibendum, non quasi adversus possidentem, sed quasi qui desierit possidere, *l. 1. in fin. & l. 2. de tign. junct.* At si quis suam plantam posuerit in alieno, hic eadem obtinebunt, quæ diximus de eo, qui ex sua materia in alieno ædificavit. Igitur si in possessione excidit, nullam de pretio arboris aut sumptibus a se factis actionem habet: nam nec in factum dari potest, quia hæc est de damno alii dato: solum hoc ei relinquitur, ut si bona fide posuit, & adhuc in possessione est, æstimatione & sumptus servet per doli mali exceptionem, *l. si quis sciens 11. Cod. de rei vind. l. qua ratione 9. in pr. hoc tit.* Malæ autem fidei possessori culpa objici potest, quod temere plantam posuerit in solo, quod sciebat alienum esse, *arg. §. præc.*

Ut in ejus fundum radices egerit) Sic nimirum, ut tota jam ex terra Titii alatur: quod aliquando contingere potest, veluti si veteribus radicibus exarescentibus aut putrescentibus, novas arbor in vicini fundum projiciat, ita ut jam omne alimentum ex terra vicini dumtaxat trahat. Consulendi hic rei rusticæ studiosi. Illud a mente & a verbis Justiniani plane alienum est, quod quidam scribunt, non veterem arborem, quæ in vicino fundo posita in Titii fundum radices egerit, Titii fieri; quasi impossibile sit, ut ea omnes radices in Titii fundum agat, sive ut tota inde alatur; sed novam, quæ forte ex ramis in terram Titii depressis exurgat. Ait enim Justinianus, proprietatem arboris commutari; quod omnino de vetere arbore, quæ ante vicini erat, accipiendum est. Et quod sequitur de arbore prope confinium posita, eam communem fieri, si in vicini quoque fundum radices egerit; non de alia accipi potest, quam quæ antea fuerat tota unius.

Si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit) Efficit hoc eadem ratio: sed hoc sic temperandum, si ea arbor in vicini fundum etiam integras aliquot radices egerit; nam si extremas tantum radicum partes in vicini fundum porrexerit, quamvis inde nonnihil alimenti capiat, ejus tamen manet, cujus in fundo origo ejus fuit: eo quo radices magis juxta arboris truncum spectandæ quam partes earum extimæ. (3) Et ita Pomponius in *l. 6. §. ult. arb. furt. cæs.* cum Cajo & Justiniano conciliandus. D. Pac. *in analys. hic.* VINN. Immo diversas fuisse apparet Caji & Pomponii sententias: Cajus nec trunci, nec ramorum rationem habet: Pomponius solius trunci. Germani fere ad ramos respiciunt: ut fructus in tantum sint communes, in quantum in utriusque fundum propendent rami. Jus Prov. Sax. *Lib. 2. art. 52.* Simile quid ex statuto Ultrajectino & moribus observari in provinciis Belgicis, notavit B. Huber. *Præl. h. tit. §. 41.* HEIN.

Communis fit) Abusive. Non enim pro indiviso communis fit, sed pro regione cujusque prædii, *l. pro reg. 8. h. tit.* Cæterum eadem arbor eruta communis esse incipit pro indiviso tamquam partibus quæ prius certis locis distinguebantur, jam invicem confusis. Eademque ratio est lapidis in confinio nati, & inde postea exempti, *l. arbor 39. comm. div. l. pen. pro soc.* recteque monet D. Cujac. *hic in dict. l. pro regione 8. hoc tit.* legendum esse, *& sunt pro diverso communia prædia*; non ut in codice Pisano legitur, *pro indiviso*. Et vero confinium non est nisi in fundis vicinis, qui finibus discreti sunt.

TEXTUS.

De Statione.

32. *Qua ratione autem plantæ, quæ terræ coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quæ sata sunt, solo cædere imtelliguntur. Cæterum sicut is, qui in alieno solo ædificavit, si ab eo dominus petat ædificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundum ea quæ diximus: ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is, qui alienum fundum sua impensa bona fide consevit.*

NOTÆ.

32. *Bona fide consevit*) Addendum hoc Cajo *d. l. 9. pr.* Nam bonæ fidei possessori tantum hæc exceptio competit, *d. l. 11.*

COM-

COMMENTARIUS.

TErtia species accessionis superiori plane similis est frumentorum, quæ in alieno fundo sata sunt: nemo enim unquam dubitavit, quin si in meo fundo tuum frumentum severim, segetes meæ fiant: & ex diverso, si tuum fundum meo frumento conseverim, tuæ fiant: non enim semen, quod injectum solo est, amplius inspici placuit, sed solum, in quod injectum est, & corpus unde segetes nascuntur, *l. qui scit*, 25. *in princ.* & §. 1. *de usur.* Quibus autem modis domino plantæ, quæ in aliena terra coaluit, consulitur, iisdem & domino injecti seminis. Igitur si quis suum fundum alieno semine bona fide conseverit, non poterit dominus seminis alia actione quam in factum æstimationem consequi; adversus eum autem, qui idem fecerit mala fide, est actio furti & condictio furtiva; est in rem & ad exhibendum, ut adversus eum, qui dolo malo desiit possidere. Quod si quis alienum fundum suis impensis conseverit, siquidem bona fide, is, si in possessione sit, poterit per retentionem impensas a se factas servare, opposita doli mali exceptione, *si res vindicabitur*, *l. 9. pr. hoc tit.* possessione vero amissa, nullam impensarum nomine actionem habet, si mala fide, ne possidens quidem, vel per retentionem quicquam servare potest, *leg. si quis* 11. *C. de rei vind. fac. l. qui alienum* 14. *de donat.*

TEXTUS.

De Scriptura.

33. *Litteræ quoque licet aureæ sint, perinde chartis membranisve cedunt, ac solo cedere solent ea, quæ inædificantur, aut inseruntur, ideoque si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, hujus corporis, non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si a Titio petas tuos libros, tuasve membranas, nec impensas scripturæ solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si earum chartarum membranarumve possessionem bona fide nactus est.*

COMMENTARIUS.

HÆc quarta species est hujus generis accessionis. Ait, litteras licet aureas, chartis membranisve cedere, perinde ac solo cedunt quæ inædificantur, aut inseruntur, ut nimirum toties corporis idem sit dominus, qui & chartæ aut membranarum fuit, eadem ratione, qua superiora, quod scilicet velut in alieno solo positæ habeantur, ac necesse sit ei rei eas cedere, sine qua esse non possunt: quæ Pauli ratio est hujus generis accessionum omnium communis, *leg. in rei* 23. §. 3. *de rei vind.* Qui etiam alibi diserte affirmat, id quod in charta mea scriptum est, meum esse, *leg.* 3. §. *penult. ad exhib.* Et si igitur litteræ aureæ sint, ut hic dicitur, & in *l. 9. §. 1. eod.* chartisque longe pretiosiores, tamen accessionis vice chartæ cedant necesse est: & purpura, licet pretiosior sit, vestimento cedit, & superficies, quæ & ipsa plerumque pretiosior est solo. Contra hanc tamen acquirendi rationem disputat hoc loco D. Hotoman. Ait, absurdam esse chartæ & soli, ædificii & scripturæ comparationem: non enim sicut area ædium, ita & chartam carminis vel historiæ in ea scriptæ partem esse. Chartam ex earum rerum numero censendam, quæ usu delentur; nam eam scriptura imposita quodammodo interire & consumi, atque ob id sufficere debere, si domino æque bona reddatur, aut solvatur ejus æstimatio. Sane perquam iniquum & absurdum videri, eum, qui forte rationes suas aut meditationes in aliqua charta scripserit, quas plurimum ejus intersit cum aliis non communicari, scripturam amittere, easque chartas a domino vindicari posse. Et quid si inventarius sit aliudve instrumentum, in quo fortunæ alicujus positæ? Sed verum non est quod Hotomannus ait, chartam accessione litterarum interire aut consumi: totaque sua disputatione nihil aliud efficit, quam quod in proposito, si forte tales species, qualium ille meminit, inciderint, ratio hujus juris non præcise servanda sit. Quis autem hoc neget? Hodie etiam totum hoc jus mutatum creditur, ut jam non amplius scriptura chartæ, sed charta scripturæ cedat, chartamque ad se per prævalentiam scriptura trahat, testis post alios Mynsing. *hic* ex nostris Grotius *lib. 2. manud. cap.* 8. add. Diod. Tuld. *hic cap.* 38.

Poterit se Titius defendere per except.) Scribenti, nisi chartam possideat, scriptura sua perit: nam neque vindicare eam potest, quia totum vindicaret, quod illius non est; nec ad exhibendum agere, ut scriptura separetur, quod fieri non potest. In factum quoque actionem non habet magis quam cæteri, qui in alieno quid posuerunt, quod solo cesserit; adeoque ipse suo sibi pacto scripturam adimit, dum chartæ adjicit, cujus dominus eam a re sua accipit, ut dominus soli a solo accipit ædificata & sata, *l. si in area* 33. *de cond. ind. l.* 11. *Cod. de rei vind.* Tantum exceptio doli bona fide possidenti relinquitur, ut per retentionem rei impensam scripturæ consequatur, *d. l. §. 1. hoc tit.* nec aliter tamen, quam si scriptura utilis sit domino chartæ, ut ea recepta locupletior fiat propter scripturam, *arg. l. in fundo* 38. *de rei vind.* Cæterum non ut qui soli dominus est, alienam materiam aut plantam suo solo jungere potest; ita & qui dominus est chartæ, alienam scripturam chartæ suæ imponere. Quamobrem nec omnia, de quibus in superioribus, ad hanc speciem applicari possunt.

TEXTUS.

De Pictura.

34. *Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere, aliis videtur, picturam (qualiscumque sit) tabulæ cedere; sed nobis videtur melius esse, tabulam picturæ cedere. Ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. Unde si a domino tabulæ imaginem possidente is qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulæ: poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is, qui pinxit, eam possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulæ adversus eum detur: quo casu si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli: utique si bonæ fidei possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod sive is qui pinxit, surripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio.*

NOTÆ.

34. *Nobis videtur melius*) Amplectitur sententiam Caji in *leg. 9. §. 2. hoc tit.* propter pretium picturæ, id est, propter dignitatem & præstantiam artis. Igitur ἐνέργεια efficacior est pictura litterarum.

Qui pinxit eam, petat) Recta sive directa vindicatione, quæ pictori ut domino competit, *d. §. 2. leg. 9.*

Utilis actio) quæ etiam non domino quibusdam casibus datur, *l. 3. §. 3. ff. de rei vind.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur in pictura a communi ratione acquirendi recessum?*
2. *Quid si non Apelles aliquis, sed inferioris notæ Pictor in aliena tabula pinxerit?*
3. *Quomodo succurratur domino tabulæ adversus Pictorem?*
4. *Quid si Pictor imaginem retinere malit, pretio tabulæ contra oblato?*
5. *In concursu adversus tertium possessorem uter præferendus?*
6. *Eum qui sciens in aliena tabula pinxit, ejusdem conditionis videri, cujus qui sciens in alieno solo ædificavit.*

Quinta & postrema hujus generis species est pictura, quæ & ipsa ex eadem ratione tabulæ, cui imposita est, cedit. Neque quicquam de jure cessionis mutat pretium picturæ; alioqui dicendum esset, nec ædificium areæ, nec purpuram vestimento, nec litteras aureas chartis cedere debere: naturale enim est, ut adjunctum cedat subjecto, hoc est, ei rei, sine qua illud esse non potest, licet majoris sit pretii, ut disputat Paulus contra nonnullos veterum, qui de pictura contra sentiebant, *leg. in rem 23. §. 3. de rei vind.* Cæterum Justinianus hic insuper habita & auctoritate & ratione Pauli, veterum illorum, inter quos & Cajus noster fuit, *l. 9. §. 2. h. t.* sententiam amplectitur, vultque nominatim quod iis placebat, in specie proposita subjectum cedere adjuncto, tabulam picturæ. (1) Rationem si quæras, scribit Paulus *dict. loc.* eos, qui in pictura a communi acquirendi ratione recedendum putabant, ita sensisse propter pretium picturæ: quamvis ei hæc ratio tanti visa non sit, ut ob id diversum jus in pictura statui debuerit. Et sane non est, si ea de solo pretio rei pictæ accipiatur: verum arbitror, veteres maxime pretium ipsius artis spectasse, cujus scilicet tanta sit dignitas, præstantia atque nobilitas, ut quæ ab ea profecta sunt, etiam prærogativam aliquam in re, de qua agimus, mereantur. Sane vocis picturæ significatio id non impedit, quippe qua non minus ars ipsa pingendi, quam res aut tabula picta denotatur, veluti cum dicimus, certare pictura, docere, exercere picturam, &c. Plin. *lib. 35. cap. 9. Certamen picturæ institutum est Corinthi ac Delphis, & ejusdem lib. cap. 10. Hujus* (Pamphilii Macedonis) *auctoritate effectum est Sicyone, ut pueri ingenui picturam in buxo docerentur.* Quanto autem hæc ars in pretio atque honore fuerit, vel ex eo æstimare licet, quod dignatione liberalium censeretur, & quidem in primo gradu: eamque solos ingenuos & honestos exercere fas esset, interdicto perpetuo, ne servitia docerentur, teste Plin. *dict. loc.*

Aliis videtur, picturam, qualiscumque sit, tabulæ cedere) Hoc est, picturam, etiam quæ maximi sit, & nobilissima, cedere tabulæ cui imposita est, licet longe viliori. Inter hos autem & Paulus noster est, *d. l. in rem 23. §. 3. de rei vind.* Cujus sententia cum aliis locis, a quibus commode separari non potuit, in contextum forte irrepsit. Qui negant, Paulum ab aliis dissensisse, eos oportet esse egregios dissidentium opinionum conciliatores.

1 (2) *Picturam Apellis vel Parrhasii*) Quid ergo, si non Apelles aliquis, aut Parrhasius, Zeuxisve aut Phidias, sed alius longe inferioris notæ pictor imaginem in aliena tabula posuerit? An dicemus, imaginem, quam ille pinxit, tabulæ cedere, quia Justinianus insignium tantum Pictorum mentionem facit? Mihi quidem non videtur ea mens esse Imperatoris, cum Cajus, cujus sententiam hic sequitur & approbat, simpliciter pronuntiet, placere tabulas picturæ cedere, *d. l. 9. §. 2. h. t.* Et sane non satis rationi convenit, ob excellentiam alicujus artificis jus in universum mutari, quod hic factum est. Quamobrem existimo, Justinianum exempli tantum causa insignium horum pictorum meminisse, in universum autem non artificis, sed artis præstantiam cum cæteris spectasse; ita propemodum & D. Tul. *hic c. 38.* & Fabr. ad Theoph. De Apelle, Parrhasio, aliisque primæ notæ pictoribus antiquis vid. Plin. *d. l.* VINN. Immo veram rationem attigisse videtur Em. Merillius *Obs. lib. 8. cap. 28.* quod per picturam fiat quædam specificatio. Eam rationem probari etiam video V. C. Schultingio ad Caj. *Inst. 2. 1. p. p. 82.* HEIN.

Is qui pinxit eam petat, nec solvat pretium tabulæ). Ex sententia Justiniani & Caji competit ei cui pinxit adversus dominum tabulæ recta vindicatio. Hinc quia domino tabulæ etiam vice mutua cavendum, ne cum sua re pretium quoque alieno facto amittat; placuit, eum, qui pinxit, non aliter in rem efficaciter experiri, quam si pretium tabulæ inferat, alioqui nocituram ei doli mali exceptionem, *d. l. 9. §. 2.*

Consequens est, ut utilis actio domino tabulæ) At cui consequens? Nihil enim hactenus dictum, unde hoc consequatur. Immo ex eo, quod tabulam picturæ cedere dictum est, eumque qui pinxit, dominum tabulæ fieri; contra potius colligas, priori tabulæ domino omnem omnino vindicationem negari. (3) Verum arbitror, Justinianum hoc significare velle cum omnibus, qui rem suam sine facto suo hoc jure amittunt, actione aliqua succurratur, qua si non rem, saltem pretium consequantur; æquissimum esse, ut subveniatur & domino tabulæ, qui rem suam similiter amittit; cumque eo nomine variæ comparatæ sint actiones pro conditione rerum junctarum, veluti ad exhibendum, si separari possunt, *l. 6. ad exhib.* si non possunt, actio in factum, *dict. leg. in rem 23. §. item quæcumque 5. de rei vind.* nonnumquam etiam ex æquo bono contra severitatem juris detur utilis in rem, ut in specie, *leg. 5. §. de arbore 3. eod. tit.* quæ prope abest a nostra; placere etiam hanc eandem æquitatis rationem domino tabulæ accommodari. Et fortassis hoc eo facilius, quia tabula eadem & integra manet, & hoc respectu etiam quodammodo ejusdem: nam & materia, quæ ædificio juncta est, simili ratione ejusdem manere dicitur; nec dubito, quin deleta pictura aut inducta, in pristinam causam tabula redeat, & recte possit a domino vindicari, *arg. l. si habitator 56. de rei vind. l. 2. Cod. eod.* contra quam existimat Cantiuncula.

(4) *Non solvat impensam picturæ*) Quid ergo, si pictor imaginem retinere malit, pretio tabulæ contra

obla-

oblato, uter audiendus? Haud dubie pictor; quippe qui juris auctoritate verus dominus factus etiam directam in rem adversus possessorem dominum tabulæ actionem habet, qua scilicet efficaciter experiatur, etiamsi possessor retinere malit, paratus solvere impensam picturæ, ut recte post Glossam communiter Interpretes censent: (5) quibus proinde etiam in eo assentior, quod in concursu adversus tertium possessorem, eum qui pinxit domino tabulæ præferunt; licet Div. Donellus *lib.* 4. *comm. cap.* 36. contra disputet, neutrumque alteri velle præferri, sed occupantis meliorem esse conditionem, in eo errans, quod existimat, utilem in rem actionem in specie proposita ejusdem esse efficaciæ, cujus est directa, contra mentem Imperatoris & Jurisconsulti, quos manifestum est, sicut tabulam picturæ cedere volunt, ita etiam Pictorem quam dominum tabulæ, actionem directam quam utilem potiorem esse voluisse. Disputatio autem Fabri, quando actio utilis directæ præferatur, huc non pertinet: sed locum habet in actionibus in personam, aut ubi quis a domino jus aliquod dominio proximum habet, ut emphyteuta & superficiarius.

Utique si bonæ fidei possessor fuerit &c.) Num igitur ei, qui mala fide pinxit, hac parte juris, nullo modo consultum est? Et doli quidem mali exceptio aperte hic possidenti denegatur, licet dominus tabulæ tabulam ab eo petat non oblato pretio picturæ. Cæterum omissa exceptione doli, poteritne saltem (quod VVesembecio & Bachovio placere video) excipere de dominio tabulæ, atque ita vincere oblata tabulæ æstimatione, cum mala fides non impediat, quominus hisce modis per accessionem dominium quæratur? §. *si tamen* 26. *sup. eod.* (1) Mihi videtur Justinianus non obscure ei, qui sciens in aliena tabula pinxit, eadem ratione exceptionem denegare, qui supra denegavit ei, qui sciens ædificavit in alieno solo; nimirum quod hic pictor operam suam & rem, quam contulit, sua voluntate amisisse intelligatur; sicut ille operam & materiam. Quod si possidenti nullam damus exceptionem, multo minus amissa possessione erit ei in rem actio adversus dominum tabulæ, quamvis pretium offerat.

TEXTUS.

De fructibus bona fide perceptis.

13. *Si quis non a domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa æque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus quos percepit, ejus esse pro cultura & cura: & ideo si postea dominus supervenerit, & fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est. Itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.*

NOTÆ.

35. *Vel ex donatione*) Igitur male distinguit Pac. inter possessorem ex causa onerosa & lucrativa.

Alia justa causa.) Idonea ad transferendum dominium, ut venditio, permutatio, donatio, &c.

Placuit fructus) Non industriales tantum, sed etiam naturales, ἀσπάρτως κ̓ ἀνηρότως *l.* 48. *ff. h. t. l.* 78. *ff. de rei vind. l.* 13. *quibus mod. usf. am.* Nam b. f. possessor fructus jure soli percipit, atque eo jure, quo dominis prædiorum tributum, eive, qui agrum vectigalem habet, *l.* 25. §. 1. *ff. de usur.* Obstat *l.* 45. *ff. d. t.* Resp. intelligenda est de possessoribus, qui justam titulum non habent.

Fructibus consumptis) §. 2. *inf. de off. jud. l.* 4. §. 1. *fin. reg.* Ex contrario igitur extantes omnes restituere tenetur: quod & traditum *l.* 21. *C. de rei vind.*

Qui alienum fundum sciens) Malæ fidei possessor cum ipsa re etiam fructus, licet consumpti sint, restituere cogitur, *d. l.* 22. teneturque de extantibus rei vindicatione, de consumptis condictione, *l.* 4. *C. de cond. ex leg.*

COMMENTARIUS.

1. *Quid sit fructus & quotuplex?*
2. *In persona acquirentis quæ spectanda?*
3. *Quando fructus percepti intelligantur?*
4. *Præcipuam & adæquatam hujus acquisitionis causam esse possessoris bonam fidem.*
5. *Denegari possessori fructuum acquisitionem, ex quo cognovit rem alienam esse.*
6. *Nihil in proposito interesse, titulo oneroso possideat quis, an lucrativo.*
7. *Ostenditur multis cum rationibus, tum exemplis, qualitatem fructuum nihil de hac acquisitione mutare.*
8. *Pomponius cum aliis conciliatus.*
9. *Bonæ fidei possessorem fructus omnes consumptos lucrari, non consumptos restituere.*
10. *An bon. fid. possessor consumptorum fructuum nomine teneatur, quatenus ex iis locupletior factus est.*
11. *Quid circa præsentem disputationem in praxi obtineat.*
12. *Malæ fidei possessorem, nullos fructus aut percipiendo suos facere, aut consumendo lucrari.*

MOdos acquirendi jure gentium commodioris doctrinæ gratia ita supra distinximus, quod quædam eo jure nobis acquirantur facto nostro & occupatione, quædam solius rei nostræ beneficio ac potestate: in quibus tamen explicandis ordinem a Compositoribus servatum hic sequi necesse fuit: & fere jam hi modi etiam speciatim a nobis expositi sunt, omnes quidem omnino & singuli, quibus sine facto nostro sola rei nostræ vi acquirimus: quibus vero facto nostro, paucis exceptis, scilicet inventione thesauri, & apprehensione rerum, quæ a dominis vel traduntur, vel pro derelictis habentur: de quibus adhuc postea dicendum. Ad neutrum autem horum modorum videtur referri posse acquisitio fructuum ex re aliena bona fide possessa perceptorum. Neque enim fiunt bonæ fidei possessoris jure & potestate rei suæ, unde non nascuntur; neque solo ipsius facto, puta cultura, cura, perceptione: nam eadem ratione fierent & malæ fidei possessoris, neque ab alio percepti, agrove ab alio consito, bonæ fidei possessoris non fierent, licet perceptio bonæ fidei possessori sit causa sine qua non. Denique nec ulla alia ratione videtur hæc forma acquisitionis defendi posse: nam cum inter cætera, quæ potestate rei nostræ jure gentium acquirimus, vel maxime sint fructus, qui ex ea nascuntur, *l. qui scit,* 35. *in pr. & §.*1. *de usur. l.* 1. *& l.* 6. *h. t. l.* 21. *Cod. de rei vind.* §. *item ea* 19. *sup. eod.* ejusdem quoque juris ratione convenire videtur, ut iidem fructus nostri maneant, etiam cum a re, unde extiterunt, separati sunt. Nam si fructus pendentes pars sunt fundi & ejus, qui fundi dominus est, *leg. fructus pendentes* 44. *de rei vind.* necesse est etiam se-

separatos ejusdem manere : id enim est quod dicitur, meum esse, quod ex re mea superest, *l. solum* 49. *§.1. d. t.* Et res ita habet. Cæterum hæc acquisitio istius regulæ quædam exceptio est; placuitque hic rem ipsam potius, quæ acquiritur, & personas acquirentium, quam modum formamve acquisitionis communem spectari. Tres igitur causæ sunt, quæ huic acquisitioni locum faciunt, res quæ acquiritur, persona acquirentis, acquirendi ratio, & modus. Res, quæ acquiritur, sunt fructus. (1) Fructus, teste Varrone 4. *de ling.* a ferendo dictus est, ut sit omne id, quod res ferat. VINN. Hæc non reperio apud Varronem, qui *lib.* 4. *cap.* 4. *fruges & fructus* derivare videtur a *fruendo*, spicas a spe, culmum a culmine. Cæterum fructus proprie dicuntur, ex ipso corpore obvenientes. Qui rei tantum occasione ad nos redeunt, proprie fructus non sunt *l.* 121. *ff. de verb. sign.* Interpretatione tamen & hæc pro fructibus habentur. Et ita intelligenda quæ apud auctorem sequuntur. HEIN. Nostri, cum generalius loquuntur, appellatione fructus omnem reditum, omnem obventionem, omneque commodum, quod vel ex re nascitur, vel per causam rei percipitur, complectitur. Hinc nata fructuum divisio in civiles & naturales. Civiles dicuntur, qui non ex corpore rei nascuntur, sed extrinsecus per occasionem rei jure percipiuntur, cujus generis sunt usuræ, mercedes, pensiones, reditus annui, unde nec proprie fructus sunt, *leg. usuræ* 121. *de verb. sign. l. si navis* 62. *de rei vind.* sed in fructus numerantur, quia vicem fructuum obtinent; *l. videamus* 19. *l. usura* 34. *l. prædiorum* 36. *de usur. l. mercedes* 29. *de hær. pet.* eorumque etiam ratio habetur in judiciis petitoriis, *l. ancillarum* 27. §. 1. & 3. *seqq. dict. t. dict. l. si navis* 62. *de rei vind.* Cæterum de isto genere hic non quæritur. Naturales fructus sunt, quos natura ex re ipsa producit: eorumque duplex item potest esse consideratio; aut enim natura sola & αὐτομάτως, sponte magis quam diligentia hominis proveniunt, ut poma, oleæ, nuces, lignum, fœnum, aut natura quidem adjutrice, cæterum facto magis & industria hominum: quos quia natura non producit, nisi accedat labor & industria hominis, industriales vulgus Interp. appellavit, cujusmodi sunt segetes, legumina, aliaque in agris sata, *leg. fructus* 45. *de usur.* unde hæc distinctio petita. Huc item nonnulli referunt fœtus pecudum, lac, pilum, lanam, *arg. lib.* 7. §. *non solum* 9. *sol. matr.* VVesemb. *hic* Don. 4. *comment.* 25. Menoch. *de arbor. c.* 120. *num.* 26. Et sane hæc absque cura & sumptu possessoris non proveniunt, sed tamen non ideo minus fructus naturales censeri oportere contendit Pinell. *in leg.* 2. *C. de resc. vend. p.* 2. *cap.* 4. *num.* 52. & D. Tulden. *cap.* 45. post Curtium 1. *conject. ad fræt. cap.* 44. Ego cum Bartolo in *l. & ex diverso* 35. *de rei vind.* Covar. 1. *resol.* 3. *num.* 6. existimarem, nonnihil hic tribuendum esse arbitrio judicis: quamvis id ad quæstionem propositam parum faciat. Ut ut est, de utroque hoc genere, sed solo disputatur hoc § (2) In persona acquirentis duo exiguntur, ut possideat, hoc est, animo & affectu dominantis rem teneat, *l.* 13. §. 1. *de publ. in rem act.* ut possideat bona fide, id est, justam causam habeat, ob quam existimet rem ad se pertinere, *l. qui a quolibet* 27. *de cond. empt. l. bonæ fidei* 109. *de verb. sign.* Modus horum fructuum acquirendorum est perceptio: nec interest, an ipse possessor eos percipiat, an alius suo nomine, non possessoris, *l. si fructuarius* 13. *quib. mod. ususf. amitt. l. quis scit* 25. §. 1. *de usur.* (3) Percepti autem fructus intelliguntur, simul atque a re qua tenebantur separati sunt. In fundo, cum se terra continere desierunt, veluti spicas aut fœno cæso, uva adempta, excussa olea, nucibus & pomis dejectis aut decerptis, licet nondum collecti aut evecti sint, frumentum nondum tritum, vinum aut oleum nondum factum, *d. l. si fructuarius* 13. *& d. l. qui scit* 25. §. 1. *l. si ejus* 78. *de rei vid.* In animalibus, cum fœtus editus, lac expressum, lana detonsa est, *l. in pecudum* 28. *de usur. l. bonæ* 48. *in fin. h. t.* Nonnunquam tamen verba percipiendo aliquid amplius designatur quam simplex illa, quam dixi, fructuum a re separatio; quomodo accipiendum quod Paulus scribit in *dict. l. bonæ* 48. fructus bonæ fidei possessoris fieri, etiam prius quam eos perceperit, nimirum prius quam perceperit pleno & perfecte, prius quam eos collegerit, evexerit, quam spicam triverit, uvas, olivas expresserit, *dict. leg. si ejus* 78. *de rei vind.* Tribuitur igitur hæc acquisitio perceptioni. At quo jure, quave ratione? Naturali; ut ait Justinianus hic, nimirum propter culturam & curam possessoris percipientis. Sed enim neque sola hæc acquisitionis hujus ratio est, neque præcipua, ut patet ex iis, quæ jam disputata sunt: & si culturæ tantum aut curæ ratio hic haberetur, hoc solum possessori concedendum esset, ut impensam & operam in colendo & curando præstitam imputet, atque ad eum dumtaxat modum fructus deducere vel retinere possit, si aliter ei restitutio non fiat. (4) Principalis vero ratio in persona possessoris quærenda, ea est bona fides, quippe quæ facit, ut possessor pene pro domino haberi debeat, *dict. l. quis scit* 25. §. 1. *de usur. dict. l. bonæ fidei* 48. *h. t.* hinc non tantum fructus, sed & cætera fere omnia, quæ dominis tribuuntur, eadem tribuuntur & bonæ fidei possessoribus: veluti amissa possessione actio in rem Publiciana, in his rebus quæ usucapi possunt, §. *namque si cui* 4. *inf. de act. tot. tit. de Publ. in rem act.* Item quæ servi alieni & liberi homines bona fide possessi ex operis suis aut re possessoria acquirunt, §. 4. *vers. idem placet infr. per quas pers. cuiq. acq.* In summa, bona fides tantumdem præstat possidenti, quantum rei veritas, quoties lex impedimento non est, ut ait Jurisconf. in *leg. bona fides* 136. *de reg. jur.* VINN. Non ignotus hic Jurisconsultorum dissensus. (5) Alii culturam & curam statuunt esse hujus acquisitionis causam: alii cum auctore nostro bonam fidem. Hinc illi industriales tantum, hi & naturales fructus bonæ fidei possessori acquiri putant. Res clara videtur. Causa proxima est *cultura & cura*, id est qualiscumque cura rei impensa. Culturam enim & curam synonyma hic esse, pridem docuit V. C. Gerar. Noodt *Prob.* 11. 7. At causa remota est bona fides. Hinc tametsi bonæ & malæ fidei possessor eamdem curam rei impendant: tamen hic fructus non acquirit, quia ipsi nec color, nec jus colendi fuit. Rem eleganti loco ex Terentii Adelph. *act. v. scen.* 3. *vers.* 27. illustrat laudatus Noodt. *Comm. ad ff. t. de rei vind. p.* 197. *Tom. II. Op.* An ergo & naturales fructus acquirit bonæ fidei possessor? omnino, quia nulla res est, quæ si non culturam, saltim curam aliquam exigat. HEIN.

Quem dominum esse crediderit) In hoc potissimum versatur bona fides. Nihil autem interest, putaveritne eum dominum esse, qui non erat; an sciverit dominum non esse, & putaverit eum jus alienandi a domino aut lege habere, puta procuratorem aut tutorem esse, *l. bona fidei*

fidei 109. *de verb. signif. l. ult. præ empt. l.* 13. §. 1. *& seq. de Publ. in rem act. l. qui a quolib.* 27. *de cont. empt.* At enim si dominum esse existimet, necesse est, ut simul credat esse eum, cui rerum suarum alienatio non sit interdicta: nam si verbi causa a pupillo, quem dominum putet, rem emerit sine tutoris auctoritate, non videtur bona fide emisse, *d. l.* 13. §. 1. *de Public. d. l. qui a quolibet* 27. *de cont. empt.* Si tutorem putet, ut credat etiam se ab eo emere lege non prohibente, *d. l.* 13. §. 2. *l. lex quæ* 22. *C. C. de adm. tut.* Si existimet procuratorem, ut putet, aut esse eum, cui nominatim de re tradenda mandatum sit; aut eum, cui libera negotiorum omnium administratio a domino permissa, *l. jusjurandum* 17. *in fin. de jurejur. l.* 9. §. *nihil autem* 4. *hoc tit.*

Aliave justa causa) Nam cum numquam nuda traditio dominium transferat, non aliter existimare potest rem in se transferri, quam si justa causa præcedat, propter quam traditio sequatur, *l. numquam* 13. *hoc tit. d. l.* 13. §. 1. *de Public. in rem act.* Justam autem causam appellat justum titulum, ex quo si res a domino, eove, qui jus transferendi habet, traderetur, dominium statim in accipientem transiret, ejusmodi causæ sunt emptio, donatio, dos, permutatio, legatum, judicatum, noxæ deditio, transactio, adjudicatio, *l.* 1. *& seq. de Publ. in rem act.* Nec sufficit putare, titulum intervenisse, si non intervenerit: nam ut falsa existimatio nostra usucapionem non parit, ita nec ad fructuum acquisitionem prodesse debet, nisi forte huic nostræ opinioni causam dederit justa & probabilis facti ignorantia, vid. *infr. de usuc.* §. *error*, 6.

Æque bona fide acceperit) Neque sufficit, possessorem rem ab initio bona fide accepisse, si postea cognoverit rem alienam esse: nam ex eo tempore, ut bonæ fidei possessor esse desinit, ita quoque denegatur fructuum acquisitio, *l. qui bona* 23. §. 1. *h. t.* licet usucapio ipsius rei adhuc procedat, *l. pen. pro empt. leg. un. Cod. de usuc. transf.* quippe in usucapione tantum una acquisitio est, & ideo in ea sufficit, vel initium possessionis justum esse, in fructibus autem acquirendis, ut multæ sunt acquisitiones, ita & in singulis bona fides spectanda, nec unum initium, ut in usucapione, sed singula momenta, *dict. l. qui bona* 23. §. 1. *l. bonæ fidei* 48. §. 1. *hoc tit.* Contrarium tamen videri potest, quod scribit Julian. *leg. qui scit* 25. §. 2. *de usur.* bonæ fidei possessorem etiam eum in percipiendis fructibus intelligi, qui postea cognovit rem alienam esse, quamdiu ea evicta non fuerit; nisi dicamus cum Glossa & Bart. Julianum nihil aliud significare voluisse, quam hujusmodi possessorem, manere interim in possessione percipiendi fructus, nec in ea perceptione ab eo, qui se dominum esse intendit, pendente lite, quamdiu de scientia nondum vere constat, turbari posse: ac re evicta, & legitimo judicio ablata, si de restitutione & effectu acquisitionis quæratur, retroversus malæ fidei possessorem intelligi, ex quo res ab eo petita est, atque exinde fructuum nomine teneri, ut quemvis malæ fidei possessorem; & sane hoc probabilius est, quam quod Baroni in hunc §. Copo *lib.* 2. *de fruct. tom.* 4. *cap.* 5. D. Tuldeno *hic cap.* 48. videtur, Jurisc. inter se dissensisse. Ait, *acceperit*; etenim aliter nec possidet, nec putare potest rem suam esse, licet conventio præcesserit, non enim nudis pactis, sed traditionibus dominia rerum jure gentium transferuntur, *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* Obiter addo, bonam fidem benigna juris interpretatione in possessore præsumi; atque inde esse, quod non ipse possessor de bona sua fide docere cogatur, sed adversarius contrarium ostendere debeat, *l. quoties* 18. §. 1. *de probat. leg. pen. C. de evict.* D. VVesemb. *n.* 4.

Fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura & cura) Cum in persona possessoris concurrunt ea, quæ diximus, placet, sola perceptione, adeoque sola separatione a re, qua tenebantur, fructus possessoris fieri. (6) Non interest, quo titulo possideat, oneroso, an lucrativo: nam & eum, qui ex causa donationis rem acceperit, diserte cum emptore in hac quæstione exæquat Justinianus. (7) Sed neque fructuum conditio quicquam de hac acquisitione mutare videtur, & non tantum fructus industriales, sed naturales etiam ad hanc acquisitionis speciem pertinere. Nam generaliter atque indistincte loquitur hic Imperator, & Jurisconsulti in *l. bonæ fidei* 48. *h. t. l. si ejus* 78. *de rei vind. leg.* 13. *quib. mod. usf. am.* Caji quoque ratio generalis est in *l. in pecudum* 28. *de usur.* ideo nempe fœtum pecudum fieri bonæ fidei possessoris, quia in fructu est. Ait quidem Justinianus hic, fructus bonæ fidei possessoris fieri pro cultura & cura; at vix ulla res est, quæ sine cultura aut cura aliqua fructum ferat; coluntur enim agri, curantur pecora, putantur arbores, plantæ, oleæ attonderi & interradi gaudent. Plin. *l.* 15. *cap.* 1. Sed & si qui fructus sine cultura aut cura proveniant, ut sylvæ cæduæ, poma, nuces, aliique fructus sylvestres, nihilo tamen minus huc pertinent. Nam ut non multo ante diximus, præcipua & adæquata acquisitionis fructuum ratio est bona fides possessoris, quæ efficit, ut tamquam dominus jure soli fructus percipiat: & consequenter etiam nos percipiendo suos facit, in quos neque culturam, neque curam ipse impendit, *l. qui scit.* 52. §. 1. *de usur.* tantum quia τὸ κατὰ τὸ συμβὸν accidit, ut fructus sine cultura aut cura non proveniat: ratio hæc a Justiniano expressa est. Evincitur hoc quod dico etiam ex eo, quod mox subjicit de fructibus consumptis; ait enim, quos fructus possessor percipiendo suos fecit, de iis consumptis dominum intervenientem & rem suam vindicantem agere non posse, hoc est, possessorem eos consumptos lucrari: at lucratur consumptos omnes *l.* 4. §. 2. *in reg. l. circum* 22. *Cod. de rei vind.* §. 2. *inf. de off. jud.* ergo & perceptos interim suos omnes facit. Exemplis quoque demonstrari potest, non industriales tantum, sed etiam naturales fructus fieri bonæ fidei possessoris, simul atque a solo aut re, qua tenebantur, separati sunt. Non afferam quod de fœtu pecudum, lacte, lana scribit Cajus in *d. l. in pecudum* 28. *de usur.* & Paulus, *in l. bonæ fidei* 48. §. *ult. h. t.* hos fructus statim fieri bonæ fidei possessoris: quia video esse, qui fructus pecudum pro industrialibus in hoc argumento habendos existimant, propterea quod, ut modo dicebamus, ex iis rebus producuntur, in quas possessori sumptus facere necesse sit; quamvis Cajus non aliam harum rerum acquisitionis rationem reddat, quam quod in fructu sint. Fortassis & uvas iidem ob eamdem causam inter fructus industriales numerabunt, ideoque quod uvam ademptam legimus, statim bonæ fidei possessoris fieri, negabunt huc pertinere. At certe oleam negare non poterunt esse vel maxime fructum naturalem, quippe quæ, teste Plin. *lib.* 15. *c.* 1. nullam omnino culturam aut curam desideret, & Virgilius *lib.* 2. *Georg. vers.* 420. *seq.* de oleis sic scribit:

Contra, non nulla est oleis cultura, neque illæ
Procurvam expectant falcem, rastrosque tenaces,
Cum semel hæserunt arvis.

Duobus autem locis manifeste proditum est, etiam oleam, mox cum percepta sive excussa aut lecta est, bonæ fidei possessori acquiri, *l. si fructuarius* 13. *quib. mod. usuf. am. l. si ejus* 78. *de rei vind.* Fœnum quoque opinor nemo negabit fructum esse naturalem: at non minus fœnum quam spicam simul atque a solo separatum est, bonæ fidei possessoris fieri, traditum est *in d. leg.* 13. *quib. mod. us. am.* Postremo omnem dubitationem tollit locus Pauli *in d. l. bonæ fidei* 48. *h. t. in pr.* ubi sic scribit: *Bonæ fidei emptor non dubio percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia & opera ejus provenerunt: sed omnes; quia quod ad fructus attinet, loco domini pene est.* Nam Glossæ ad hunc locum interpretatio & DD. qui eam sequuntur, inter quos ex recentioribus etiam est D. Bachovius, inconcinna & violenta est. Hi illa Pauli verba *sed omnes*, ad fructus industriales coarctant, qui alterius quam bonæ fidei possessoris opera proveniunt. Sed quis non videt, verbum *omnes* Paulo non ad operantes, sed ad fructus ipsos referri, eoque denotari fructus diversæ speciei, & qualitatis ab iis, quos dixerat opera possessoris provenire? Evincit hoc ipsum etiam ratio, quam mox subjicit, quia quod ad fructus attinet, bonæ fidei possessor loco domini pene fit. Ejusmodi item est, quod Julian. scribit, bonæ fidei possessorem fructus jure soli percipere, atque eo jure, quod dominus prædiorum, sive qui agrum vectigalem habent, tributum est, *dict. l. qui scit.* 25. §. 1. *de usur.* unde satis manifeste apparet, præcipuam hujus acquisitionis causam non esse operam aut industriam possessoris, sed fructus omnes, qui ex toto nascuntur, etiam αὐτόματοι & ἀνήροτοι, eo pertinere. (8) Et vero si percipiendo sibi acquirit etiam ab alio satos, in quos neque culturam, neque curam ullam impendit, cur non etiam naturales, quos plerumque cura illius facit, si non ut nascantur, saltem ut conserventur? Unus juris locus est, qui Interpp. adegit, ut in hac acquisitione fructus naturales ab industrialibus distinguerent, is est Pomponii, *l. fruct.* 45. *de usur.* Quærit eo loco de conjuge possessore rei a conjuge donatæ: & ait, conjugem fructus ex ea re perceptos illos tantum suos facere, qui ex operis ejus provenerunt: cæterum si pomum decerpserit, vel sylvam cæciderit, ejus tum fructum non fieri, sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris; quia non ex facto ejus is fructus nascatur. Hic Jurisconsultum satis aperte sic loqui arbitrantur, ut fructus naturales ad bonæ fidei possessorem non pertinere existimet; quod tamen non ita est. Non enim ait, nullius bonæ fidei possessoris eum fructum fieri, sed non cujuslibet, quæ enunciatio non est generalis, sed particularis, ut ostendit nota particularis attributionis, quæ hic est negatio universalis. Igitur in hac enunciatione: *Non omnis aut non quilibet bonæ fidei possessor fructus naturales suos facit*, cum consequens non omni antecedenti attribuatur, sed solummodo ejus parti alicui, satis apparet, Pomponium non eodem jure in proposito omnes fidei possessores censere; & tacite duo genera talium possessorum facere, unum eorum, qui fructus naturales suos non faciant, alterum, qui faciant. Atque ita est. Non enim omnis bonæ fidei possessor fructus naturales percipiendo suos facit, sed is solum, ut ante dictum est, qui justo titulo possidet, causamque justam habet, cur existimet rem ad se pertinere: qui autem justo titulo destituitur, quamvis in jure errans se dominum factum putet, naturales fructus suos non facit, ne cui juris ignorantia in compendiis prosit, *l.* 4. *l.* 7. & 8. *de jur. & fact. ign.* licet alioqui non malæ, sed bonæ fidei possessor existimari debeat, quicumque dolo caret, etsi in jure errat, *arg. leg. ubi lex* 21. *l. si fur.* 32. §. 1. *de usuc. leg. sed etsi* 25. §. *sci; e* 6. *de hær. pet.* add. Goedd. *ad l. bonæ fidei* 109. *de verb. sign.* Nec sequitur; injuste seu titulo invalido possidet, ergo mala fide. Possessor prædii minoris sine decreto alienati possidet, injuste, bona tamen fide possidet, si ignorans rem minoris esse, aut in jure errans rem emit, fructusque industriales propter bonam fidem suos facit, *leg.* 2. *Cod. si quis ign. rem min.* Talis etiam est possessor fundi dotalis a marito alienati; item rei litigiosæ, & qui a falso tutore emit, *leg.* 13. §. *ultim. de pub. in rem act.* Nam ubi lex impedimento est, bona fides in complendis possessori non prodest, *dict. l.* 24. *de usucap.* Toties autem impedimento est, quoties possessorem vult teneri, in quantum locupletior factus est; ut possessorem hæreditatis, *leg.* 25. §. *consuluit* 11. *de hær. pet.* item in casu *leg.* 8. *Cod. de don. int. vir. & uxor.* & denique qui ex ea causa possidet, quæ postea ad non causam redacta est, *leg.* 3. *de cond. indeb.* Atque de hoc genere bonæ fidei possessorum locus Pomponii accipiendus est: quippe qui & soli similes sunt iis, de quibus illic quæritur, & in locis cæterorum bonæ fidei possessorum jure non censentur: ita ferme & VVesemb. *hic* Pinel. ad *leg.* 2. *Cod. de resc. vend. part.* 2. *cap.* 4. *num.* 59. Fachin. 1. *contr.* 57. Paul. Bus. *ad dict. l.* 45. Timæus Fab. *disp. anniverf.* 14. *thes.* 5. Tuld. *cap.* 50. *hic*. VINN. Hunc locum alii aliter interpretantur. Ego ita censeo. Bonæ fidei possessor est, vel qui credit se dominum esse, vel qui & justam id credendi causam habet, puta justum titulum. De posterioris generis possessore bonæ fidei loquitur Imperator in hoc paragrapho, ut docent verba: *Bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave* JUSTA CAUSA *æque bona fide acceperit*. Et hujusmodi b. f. possessor omnes fructus suos facit. At in hac *leg.* 45. *ff. de usur.* Pomponius loquitur de marito, cui uxor fundum donaverat. Errat ergo maritus in bona fide sensu priore; putabat enim se dominum. At non sensu posteriore; quia nulla præcesserat justa causa. Nam donationes inter virum & uxorem manifesto ex legibus irritæ sunt. An itaque & hic omnes fructus suos facit? Minime, sed industriales tantum, non naturales. Illos enim donare potuit uxor, quia non fit pauperior, dum vir fructus suis operis & impensis acquirit. Hos donare non potuit. Jam verba Pomponii ita interpretor: *Si pomum decerpserit, vel ex silva cædit, non fit ejus, sicut nec cujuslibet* (*idest ullius*) *bonæ fidei possessoris*, sive justa causa possidentis, & tamen se putantis dominum, qualis hic maritus est) *quia non ex facto ejus fructus nascitur* (adeoque cum uxoris damno locupletior fit.) HEIN.

De fructibus ab eo consumptis agere non potest.) Hoc idem traditur §. 2. *inf. de off. jud.* & Paul. in *leg.* 4. §. 2. *fin. reg.* ait bonæ fidei possessorem fructus consumptos lucrari. Unde sequitur ex contrario, de non consumptis, hoc est, extantibus adhuc, licet a solo separatis, dominium agere posse, eosque bonæ fidei possessorem non lucrari, quod & expresse traditum est *leg. certum* 22. *Cod. de rei vind.* quam ob causam Africanus consumptos demum suos facere bonæ fidei possessorem scribit, *leg. quæsitum* 40. *hoc tit.* & Paul. *leg.* 4. §. *bona* 19. *de usucap.* consumptos vel usucaptos: quia hi soli re evicta non restituuntur. (9) Dubitandum autem non est, quin ut omnes tam naturales quam industriales

les consumptos bonæ fidei possessor lucratur, ita vice versa omnes tam industriales quam naturales non consumptos teneatur restituere, *arg. hujus §. & d. lec.* Nam quod maritus non restituit fructus industriales, licet adhuc extent in specie, *l. fructus 45. de usuf.* hanc rationem habet, quod maritus eos permittente jure sibi acquisivit ex voluntate uxoris donatricis. Ergo, inquies, falsum est quod hactenus probare conati sumus, sola perceptione fructus bonæ fidei possessoris. Et vero falsum esset, si hæc eidem rei attribuerentur ἀπλῶς, & eadem ratione. Sed sciendum est, duplicem esse dominii acquisitionem, unam perpetuam & citra voluntatem aut factum domini irrevocabilem, alteram temporalem, & revocabilem ex causa superveniente, quæ dominii causam tollat; quale jus est mariti in re dotali, quod soluto matrimonio ab eo recedit, & hæredis fiduciarii, quod cedente die fideicommissi in fideicommissarium transit, item hæredis in re sub conditione legata, *l. non ideo 66. de rei vind. l. generaliter 29. §. 1. qui a quib. man.* Et tale quoque in proposito jus est bonæ fidei possessoris in perceptis necdum consumptis fructibus usque ad evictionem. Nimirum causa hujus acquisitionis præcipua est bona fides: quippe quæ efficit, ut possessor perinde quasi dominus jure soli fructus suos faciat, quamdiu de vero domino non constat: at eo superveniente ac rem suam vindicante, jam causa illa, & simul jus, quod dixi, cessare incipit, cogiturque possessor fructus omnes, qui modo tempore evictionis extant, officio judicis restituere: neque enim sublato jure, quod in solo habebat, possessorum defendere potest, ut fructus retineat, sola ratio culturæ & curæ, sed ad id solum prodesse, ut opposita doli mali exceptione sumptus servet, consequaturque ut dominus aut pretium ejus, quod impensum est, solvat, aut si id nolit, patiatur sumptus cum fructibus pro rata pensari, proque illis partem fructuum possessorum retinere, *arg. dict. leg. si a domino 50. §. ultim. de hær. pet.* Ipse Paulus non obscure hoc innuit *dict. leg. bonæ fidei 48. hoc tit.* illis verbis, *suos interim facit*: ne quis credat, sola perceptione fructus sic fieri possessoris, ut numquam postea sint restituendi. Neque vero existimandum est, frustra constitutum esse, ut interim bonæ fidei possessor fructus sola perceptione suos faciat: nam & ratio bonæ fidei hoc exigit: nec sine effectu est; prodest enim bonæ fidei possessori ad hoc, ut si fructus ab alio percepti sint & possideantur, eos tamquam suos vindicare possit; tribuique ei jus fructibus pro arbitrio suo utendi; eos pro utilitate aut necessitate familiæ distrahendi aut consumendi: cujus rei hic iterum effectus, ut domino rem suam evincenti consumptorum nomine non teneatur, quorum alioqui æstimationem restituere deberet. Nonnihil tamen hac in re nobis negotii facit, quod Cajus respondet *leg. pecudum 28. de usur.* Ea quæ in fructu sunt, statim pleno jure fieri bonæ fidei possessoris & fructuarii: nam quod statim pleno jure acquiritur, id non potest dici consumptione demum irrevocabiliter acquiri. Ad hoc igitur quod respondemus? Nimirum eum, qui cum de acquirendo agitur, dicit, bonæ fidei possessorem fructuum, simul ac percepti sunt, statim dominum fieri pleno jure aut in solidum, non continuo negare jus illud ex causa esse revocabile; neque de eo laborare debuit Cajus in comparatione fœtuum pecudum cum partu ancillæ, qui in fructu non est; ideo usucapione demum acquiritur. Sic idem Cajus *l. generaliter 29. §. 1. qui & quib. man.* scribit, servum sub conditione legatum pendente conditione pleno jure hæredis esse: quem tamen constat deficiente demum conditione fieri hæredis irrevocabiliter. Illud non magni momenti est, quod bonæ fidei possessor dicitur idem jus habere, quod dominis prædiorum tributum est, & plus etiam juris quam habet fructuarius, *l. qui scit 25. §. de usur.* Nam si hoc simpliciter verum esset, sic naturales quidem fructus extantes restitueret; & loquitur expresse Jurisconsultus de jure fructus ab initio acquirendi. (10) De consumptis porro quæsitum est, an non saltem bonæ fidei possessor ad restitutionem eorum teneatur, quatenus ex iis factus est locupletior. Et verius est eum non teneri. Nam primo textus omnes, qui de consumptis fructibus loquuntur, generaliter & sine ulla distinctione negant, eorum nomine bonæ fidei possessorem teneri, & Imp. in *l. certum 22. C. de rei vind.* ajunt, eum teneri nomine extantium dumtaxat, quasi de consumptis inquirendum non sit. Ad hæc tantum tribuit bonæ fidei possessori consumptio, quantum usucapio, *l. 4. §. plane 19. de usuc.* at usucaptorum nihil restituitur. Et postremo, quod bene notandum est, dicitur bonæ fidei possessor fructus consumptos lucrari, *leg. 4. §. 2. fin. reg.* quod utique falsum esset, si eos, quatenus locupletatus esset, teneretur restituere: nemo enim sine lucro locupletatur. Non obstat, quod in judicio petitionis hæreditatis bonæ fidei possessor teneatur in quantum locupletior factus est, *leg. sed etsi 25. §. consuluit 13. l. illud 40. §. 1. de hær. pet. l. 1. C. eod.* Non enim eadem in proposito judicii universalis & rerum singularum petitionis ratio est. Nam petitio hæreditatis non tantum in rem est, sed etiam præstationes personales habet, *l. 7. C. de pet. hær. l. 24. §. 18. eod.* atque ut mitius cum possessore agitur in petitione hæreditatis, quam in rei singularis vindicatione, (quippe Senatus ita possideri pro hærede consuluit, ut si quid dilapidaverit, aut perdiderit, dum sua se re abuti putat, non teneatur) ita vicissim æquum est, ut præstet, si quid lucri ex hæreditate consecutus sit; eique sufficere debet, si damno non afficiatur, *d. l. 25. §. consuluit.* Ad hæc nec titulum habet possessor hæreditatis, & fructus ab eo percepti statim in numerum rerum hæreditariarum recipiuntur, ipsamque augent hæreditatem, ut nec ab initio quicquam hic suum faciat, aut consumptum postea lucretur; unde fit, ut eodem jure quo ipsa corpora hæreditaria & fructus, petantur, atque in restitutionem hæreditatis veniat, *l. item veniunt 20. §. 1. l. post senatusconsf. 28. leg. illud 40. §. 1. de hær. pet. l. 1. & l. 2. Cod. eod.* In particularibus autem judiciis non solet res in locum pretii aut contra succedere, *leg. 1. in fin. qui pot. in pign.* Nec multum absimilis est ratio conditionis indebiti soluti, in quam fructus veniunt jure obligationis: & hoc quatenus is, qui accepit, ex his locupletior factus est, *l. indebiti 15. leg. si non sortem 26. leg. libertus 12. leg. in summa 65. §. pen. l. pen. de cond. ind.* ita fere Ant. Fab. 4. *conj. 17.* Diod. Tulden. *hic cap. 44. & seqq.* Perez *ad tit. Cod. de rei vind. num. 17. & seq.* Quod ad praxim attinet, testis est Pinel. in *leg. 2. Cod. resc. vend. p. 2. cap. 4. num. 60.* (11) ita nunc ubique in judiciis usu servari, ut possessor bonæ fidei in universum a fructibus ante inchoatum judicium perceptis absolvatur, neque de consumptis unquam quæratur, locupletior ex iis factus sit, necne. Sed & numquam inquiri de iis qui similiter ante rem in judicium deductam percepti sunt, utrum bonæ fidei possessor eos consumpserit, an vero adhuc extent, tantumque servari, formam *leg. Certum*

tum 22. *Cod. de rei vind.* in fructibus perceptis post litis contestationem: quod & rationem habet, & scilicet ut litium ambages vitentur: & placet D. Nic. Tuldeno in *annot. ad prax. rer. civ.* Damhoud. *cap.* 104. *num.* 13. idem quoque sentire videtur D. Grot. 2. *manud.* 6. cum scribit, bonæ *fidei possessorem* in perceptione fructuum similem esse fructuario, add. Goenevv. *de leg. abrog. ad leg. 22. C. de rei vind.*

(22) *Ei vero qui alienum sciens*) Fructuum jure soli acquisitio non tribuitur cuivis possessori, sed possessori bonæ fidei dumtaxat: nam malæ fidei possessor, ut nullum jus in solo habet, ita nec ullos fructus aut percipiendo interim suos facit, aut consumendo lucratur; sed cogitur cum ipsa re etiam fructus, licet consumpti sint, restituere, ut *hic & d. l. 22. C. de rei vind.* Sed neque per retentionem, opposita doli mali exceptione sumptus a se factos servare poterit, si res vindicabitur, arg. eorum, quæ tradidimus *sup. ad §. ex diverso 30. & aliquot seqq. eod.* exceptis sumptibus factis fructuum quærendorum gratia *l. 36. in fin. & l. seq. de hær. pet.* Nec illud refert, ab initio quis mala fide possederit, an postea possidere cœperit; Nam & hic ex eo tempore, quo cognovit rem alienam esse, fructus suos facere desinit; *l. qui bona 23. §. 1. l. bonæ fidei 48. §. 1. l. hoc tit.* Postremo huc pertinent possessores omnes post litem contestatam, *§. 2. infr. eod. de off. jud. d. l. certum 22. C. de rei vind. l. 2. C. de fruct. & lit. exp. l. 5. §. 2. fin reg.* quoniam post motam controversiam possessores omnes in causa fructuum pares sunt, & quasi prædones tenentur, *leg. sed & si 25. §. si ante 7. de hær. pet. l. nemo 10. C. de long. temp. præsc.* ac proinde & si fructus a bonæ fidei possessore ante judicium percepti sunt, sed post litem demum contestatam consumpti, nihilominus eo nomine condemnabitur: quia id omne restituendum est, quod habiturus esset petitor, si tempore judicii accepti restitutio facta fuisset, *l. præterea 20. de rei vind. l. 2. de usur. l. ædiles 25. §. ante pen. de ædil. edict.* In summo possessores malæ fidei, quales item habentur post litem inchoatam omnes, fructus omnes cum ipsa restituere debeant, *d. l. certum 22. C. de rei vind.* tenentu que eo nomine de extantibus rei vindicatione, de consumptis conditione, scilicet ad æstimationem, quæ vice rei fungitur, *leg. 3. Cod. de condi. ex l. 4. §. 2. fin. reg. l. 4. C. de crim. expl. hær.* Tenentur vero non tantum de perceptis, verum de iis quoque, qui non percepti honeste percipi potuerunt: in quo persona non possessoris, sed petitoris spectatur: neque hic possessori patrocinari debet, quod titulo possideat quippe titulus a dolo non excusat; negligentia aut possessoris dolosi domino nocere non debet, quominus consequatur, quod consequi potuisset, si ipsi licuisset rem possidere, vid. *l. fructus 33. l. si navis 62. §. 1. de rei vind. l. 5. Cod. eod. §. 2. inf. de off. jud. l. ait prætor 10. §. & fructus 20. quæ in fraud. cred. l. 4. Cod. unde vi, lig. sed etsi 25. §. 4. de hær. pet. l. 1. C. eod.* Cop. *lib. 2. de fruct. tit. 4. cap.* Bus. *ad leg. 20. de hær. pet.* Tulden. *hic cap. 53.*

TEXTUS.

A fructuario & colono perceptis.

36. *Is vero, ad quem usufructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit. Et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis decesserit, ad hæredes ejus non pertinent, sed domino proprietatis acquiruntur. Eadem fere & e colono dicuntur.*

NOTÆ.

36. *Si ipse perceperit*) Vel alius ejus nomine, *l. 13. quib. mod. usf. am. l. 25. §. 1. de usfur.* Quod si sponte deciderint, aut alius eos suo nomine separaverit, non ante ejus fiunt, quam possessionem eorum nactus sit, *l. 12. §. ult. de usfur.*

Ad hæredes ejus non pertinent) Hoc consequens est superiori, & aperte traditum in *l. 13. quib. mod. usf. am. l. 8. de ann. legat.* erratque Cujac. hæredi fructus tribuens pro rata temporis, quo ususfructus stetit.

Eadem fere de colono) Fere, non παρέλκεται, ut putat Th. Nam hæres coloni in conditionem succedit, *§. ult. inf. de locat. l. 10. Cod. eod.* At in eo conveniunt, quod colonus quoque non aliter fructus suos faciat, quam si ipse eos perceperit, *l. 60. §. 5. ff. de locat. leg. 61. §. 8. ff. de furt.* Non obstat, quod furti actionem habet, *l. 26. §. 1. d. tit.* Nam & fructuarius habet, *l. 12. §. ultim. de usufr.* & omnes, quorum interest furtum factum non esse, licet domini non sint, *§. 13. inf. de obl. quæ ex del.* Igitur male Accurs. Myns. Pac. plus hic colono tribuunt, quam fructuario.

COMMENTARIUS.

1. *Fructus, qui sponte deciderunt, aut quos alius suo nomine a re separavit, fructuarii demum fieri, cum possessionem eorum nactus est.*
2. *Jus percipiendi fructus ad hæredem fructuarii non transire, licet majore parte anni ususfructus steterit, & fructuarius maturis jam fructibus decesserit: & cur non idem in fructibus rei dotalis?*
3. *Quid juris circa pensiones, si res fructuaria locata sit?*
4. *In quo colonus & fructuarius discrepent, aut conveniant?*

Disputatio de fructibus a bonæ fidei possessore perceptis occasionem Justiniano dedit, ut de jure, quod hic fructuarius & colonus habent, obiter aliquid subjiceret. Hi in eo a bonæ fidei possessore differunt, quod fructus percipiunt voluntate domini, fructuarius jure servitutis sibi constitutæ, colonus ex conventione: unde nec perceptorum fructuum quicquam restituunt. Quia autem jus in solo non habent, nec possident, sed alieno tantum nomine rem tenent, *§. de iis autem 4. vers. fructuarius per quas pers. cuique ac §. possidere 5. inf. de interd. l. 10. l. 12. de ac. poss.* non ut bonæ fidei possessores fructus acquirunt jure quasi dominii aut soli, sed suo ipsorum dumtaxat facto & perceptione: quamquam hæc distinctio nostrorum morum simplicitati non convenit, ut notat D. Cyprian. Regn. *cens. Belg.*

Quam si ipse eos perceperit) Fiunt quidem fructuarii etiam soli perceptione, hoc est, statim atque a solo, aut re qua tenebantur, separati sunt, puta spica aut fœno cæso, uva adempta, excussa olea, lana detonsa, lacte mulso. Cæterum non aliter quam si ipse eos, vel alius ejus nomine separavit, *leg. si fructuarius 13. quib. mod. usf. am. l. qui scit 25. §. 1. de usfur.* (1) Quod si sponte deciderint, aut alius eos suo nomine separaverit, non prius fructuarii fiunt, quam eorum possessionem nactus sit: unde si fur maturos fructus decerpserit, aut desecuerit, domino fundi condictione tenetur, ut fructuario, licet

licet is actionem furti habeat, *leg. arborib. 12. §. ult. de usufr.* quæ aliter se habent in bonæ fidei possessore, ut docuimus §. *præced.*. Plane in fœtu animalium eadem fructuarii & bonæ fidei possessoris hic ratio est, statimque ut editus est, fructuarii fit, *leg. in pecudum 28 de usur.* quippe frustra expectes, ut separetur, quod invita natura separari non potest, jubente ea satis separatur sine cujusquam facto.

Licet maturis fructibus, &c.) Hoc item consequens est ei, quod dixit. Nam si fructuarii non aliter fructus sint, quam si eos perceperit ipse vel alius ejus nomine, hæredi suo, quos non percepit, relinquere non potest: nec jus percipiendi fructus ad hæredem transit, quia morte fructuarii, ut omnia quæ personæ cohærent, extinguitur, *§. pen. inf. usuf. l. 3. §. ult. quib. mod. ususf. am. l. 8. §. 3. de lib. leg.* quod iterum contra est in bonæ fidei possessore qui jus, quod in solo habet, ad hæredem transmittit, *d. l. qui scit 25. §. 1. de usur.* At ex contrario percepti omnes etiam immaturi pleno jure fructuarii fiunt, & ad hæredem ejus transeunt, *l. si absente 48. §. 1. de usuf. leg. pen. de usufr. leg.* Ait, *maturis fructibus, nondum tamen perceptis*. Eadem sententia est *leg. si fructuarius 13. quib. mod. us. ann. l. 8. de ann. leg.* (2) Quamvis igitur maxima parte anni ususfructus steterit, & fructuarius suis impensis fundum fructuarium conseverit; si is messe nondum facta, licet segete messi jam matura decesserit, nihil in eo, quod terra tenetur, hæres ejus juris habet, *d. l. si fructuarius 13.* sed tantum deducet impensas fructuum quærendorum gratia factas; quia fructus non intelligitur, nisi quod deductis impensis superest, *leg. 7. solut. matr.* Peck. *lib. 5. de test. conjug. cap. 24. n. ult.* Nec iniquum videri debet, quod dominus fundi ad lucrum fructuarii labore & sumptu partum vocetur: quippe cum contra fructuario, quamvis minima parte primi aut postremi anni steterit ususfructus, in solidum tribuantur fructus percepti, etiam pro ea parte, qua ususfructus non ceperat, aut postea finitus est. *l. si pendentes 27. de usufr.* nec aliud usus horum temporum servat, contra quem censet D. Cyprian. *ubi supra*. Nam obstat exemplum mariti in fructibus rei dotalis, quos placet soluto matrimonio dividi inter maritum aut ejus hæredes, & uxorem pro rata temporis, quo matrimonium stetit, sive fructus a marito sint percepti, sive non sint, *l. 7. §. 1. & seq. sol. matr. l. un. §. cumque 9. Cod. de rei ux. act.* Etenim fructus dotis non ideo marito cedunt, quia eos percepit, sed propter onera matrimonii, quæ sustinere cogitur, *l. 7. in pr. de jur. dot. l. pro oneribus 20. C. eod.* Et igitur licet non perceperit, pro modo tamen temporis, quo matrimonium stetit, fructus dotis maritum sequi debet: quoniam tamdiu sustinuit onera matrimonii. Contra vero pro reliquo tempore, cujus onera non sustinuit, nihil ferre debet, licet fructus perceperit. D. Paul. Bus. *ad l. 7. §. 1. & seq. seq. sol. matrim.* (3) De pensione rei fructuariæ quæsitum, an si forte ususfructus aliqua tantum parte anni steterit, eam nihilominus integram fructuarius hæresve ejus percipere debeat; an pro rata temporis dividi cum proprietario. Et refert, utrum res fructuario locata talis sit, unde singulis annis semel fructus nascitur, & percipitur, puta fundus; an talis, cujus fructus non in alio consistit, quam in ejus rei usu, sive commoditate, quæ ex eo usu quotidie percipitur, cujusmodi res sunt ædes, quarum fructus in eo est, ut inhabitentur: item servi, quorum fructus in operis. Fundo locato; si colonus fructus perceperit, merces totius anni debetur fructuario ejusve hæredi, etiam si ususfructus finitus sit multo ante tempore, quam ea merces ex locatione pendi debebat, *leg. defuncta 58. de usuf.* In aliis vero rebus a fructuario locatis, quarum fructus in solo earum usu consistit, si intra tempora locationis ususfructus interit; non majore ex parte pensio ad fructuarium hæredemve ejus pertinet, quam pro rata temporis, quo ususfructus mansit: quod superest, pertinet ad proprietarium; ut responsum est locatis operis servi, *l. si operas 26. d. tit.* Cur tam varie? Nimirum quia fructuarius nec minus, nec plus per conductorem consequi debet, quam si ipse re fructuaria usus esset. Igitur sicut fructuarius si fundum non locasset, ipse fructus percepisset, suosque omnes fecisset; ita pro fructibus, quos colonus qui causam percipiendi ab eo habet, integros percepit, intera pensio ei debetur, quam & integram ad hæredem transmittit, etsi nondum finito tempore locationis decesserit, fructibus per colonum nondum perceptis, hæredi ejus nihil ex pensione debebitur. Quod si decesserit parte fructuum percepta, parte nondum collecta, solutio pensionis fieri debet hæredibus fructuarii pro rata perceptorum: proprietario pro rata eorum, qui percepti non erant. Ubi vero pensio pro quotidiano rei usu debetur, non potest deberi longius, quam is usus præcesserit, nec longius is usus præcessisse dici, quam steterit ususfructuarium per inquilinum quam si ipse re usus esset, quod est absurdum; eleganter D. Don. *comm. 9.* estque hæc communis & usu recepta sententia. Vid. Jo. de Castillo *tract. de usufr. 77. & seq.* Diod. Tuld. *ad tit. de usufr. infr. cap. 7.* Paul. *ad dict. l. 58. de usuf.* Christin. *vol. 2. decis. 176. n. 16. & ibi citat.* Grot. *lib. 2. introd. cap. 39. diff.* Cujac. *7. Feud. 30. & lib. 24. obs. 21.*

Eadem fere & de colono dicuntur) Duo de fructuario dicta sunt, cum non aliter dominum fructuum fieri, quam si ipse eos perceperit, non alius, item mortuo fructuario fructus pendentes quantumvis maturos non ad hæredem fructuarii pertinere, sed acquiri domino proprietatis. Nunc ait, quæ de fructuario dicta sunt, ea fere & de colono dicenda esse. Τὸ *ferre* non [illegible], ut putat Theophilus, sed caute adjectum est, ne quis putet, eandem utriusque per omnia in proposito rationem esse. (a) Nam certe longe alia causa est hæredis coloni, atque fructuarii. Non enim sicut morte fructuarii finitur ususfructus, ita morte coloni finitur conductio; sed mortuo intra tempora conductionis colono, hæres ejus in eam succedit. *§. ult. inf. de loco. 10. C. eod.* Et cum fundus conducatur mercede annua constituta pro modo fructuum, qui singulis in eo annis nasci solent, insignis injuria colono ejusve hæredi fieret, si locator pensionem simul & fructus perciperet: atque hinc etiam est, quod in prædiis rusticis, si tempore non expresso locatio facta sit, in annum facta intelligatur per *l. 13. §. ult. loc.* Si quid igitur hic est, quod tam colono quam de fructuario dici possit, illud sic necesse est, quod colonus similiter ut fructuarius non aliter fructus suos faciat, quam si ipse eos perceperit: sin autem alius suo nomine a terra separaveit, non colono, sed domino fundi acquiruntur, cui etiam ob id soli conditio competat: quod & verum est, aperteque traditum *leg. cum plures 60. §. messem 5. locat.* nec obscure colligitur ex *l. si servus 61. §. locati 8. de furt.* Non est contrarium quod Paulus respondet, *leg si apes 26. §. 1. dict. tit. de furt.* colonum cum eo, qui fructus stante surripuit, furti agere posse. Nam & fructuarius potest, *leg. 2. §. ult. de*

usufr. quippe furti actio omnibus competit, quorum interest furtum factum non esse, licet rei surreptæ domini non sint, §. furti 13. infr. de obl. quæ ex del. l. cum qui 13. qualis 14. de furt. Nec alio pertinet ratio Pauli, quam his verbis exprimit, *quia ut primum decerptus esset, ejus esse cœpisset*, quam ut ostendat, ideo actionem furti colono dari quia ejus intersit fructum ab alio decerptum non esse, eo quod coloni esse cœpisset, ut primum ab ipso esset decerptus. Fallitur igitur Accursius, qui etiam hoc casu plus juris tribuit colono, quam fructus fieri existimat, quocumque modo a solo separati sint: induxitque in eumdem errorem Mynf. Schneid. & Pacium in not. marg. sed hic se corrigit in Analysi. Aliud sane ex parte dicendum videtur de colono partiario, qui instar socii est, *l. si merces 25. §. vis major 6. locat.* & proinde pro parte sua instar domini: idque innuere videtur Paulus *d. l. 26. §. 1.* cum dicit colonum, *qui nummis colat*, quod scilicet colonus partiarius fructibus a jure defectis aut decerptis non modo actionem furti, ut is qui nummis colit, sed furti etiam conditionem pro parte sua habeat.

TEXTUS.

Quæ sunt in fructu.

37. *In pecudum fructu etiam fœtus est, sicut lac, pilus, & lana: itaque agni, hædi, & vituli, & æquuli, & surculi, statim naturali jure domini fructuarii sunt. Partus verò ancillæ in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit.*

NOTÆ.

37. *Statim generali jure*) Cajus; *Statim pleno jure fiunt bonæ fidei possessoris & fructuarii Pleno jure*, id est, plena & solida proprietate.

Partus in fructu non est) d. l. 28. §. 1. d. l. 68. de usufr. sed in fructu hominis operæ sunt, *leg. 3. & 4. de op. serv.*

Absurdum videbatur) d. l. 28. §. 28. 8. 1. d. l. 68. eadem quoque Stoicorum sententia fuit, a quibus Auctores nostri fere imbuti, Lucret. Aliam rationem affert Ulp. *l. 27. ff. de hær. pet.* quia ancillæ non ad hoc comparantur, ut pariant, sed ut serviant. Meminit hujus quæstionis Cic. 1. *de fin. cap. 6.*

COMMENTARIUS.

1. *Ratio Caji, cur non placeat partum ancillæ in fructu esse, examinata, & concinnior prolata in Ulpiano.*

QUA ratione & modo fructus suos faciat tum bonæ fidei possessor, tum fructuarius, ostensum est §§. *proxime præced.* exemplo fructuum, qui in fundis aut agris nascuntur. Quoniam vero etiam hominum & pecudum suus fructus est, quem & ipsum bonæ fidei possessori & fructuario eadem ratione acquiri jure naturali conveniens est, ideo ne quid hic dubii relinqueretur, *ἀκριβῶς* ostendere voluit, quænam in hominum & pecudum fructu habenda sint, quæ non sint, & ait, in pecudum fructu non tantum esse lac, pilum & lanam, sed fœtum etiam: atque ob id agnos, hædos, vitulos, equulos & surculos statim ut editi sunt, naturali jure fructuarii fieri, addit Cajus, & bonæ fidei possessoris, *l. in pecudum 28. de usur.* est enim utriusque hic eadem ratio. In hominum autem fructu quæ sint, non definit: sed partum ancillæ negat in fructu esse; & ideo, inquit, ad dominum proprietatis pertinet, sicut & Cajus *d. l. 28. §. 1.* Nimirum uterque hoc significare voluit, non ut fœtus in fructu pecudum est, ita & partum ancillæ in hominis fructu ponendum: in hominum fructu ea dumtaxat esse, quæ ex operis eorum percipiuntur, *l. 4. de oper. serv.* aut si quid acquirant ex re fructuarii, ejusve qui eos bonæ fidei possidet, *§. 4. & seq. inf. per eas quas pers. cuiq. acq.* ac proinde etiam hæc sola ut fructus fructuario & bon. fid. possessori acquiri: partum non acquiri, fructuario numquam; bonæ fidei possessori non aliter, quam si eum usuceperit, *d. §. 4. & seq. l. 4. §. si ante 18. de usurp. & usucap.*

Absurdum enim videbatur) Vetus fuit quæstio an partus ad fructuarium pertineret: cujus meminit Cic. 1. *de finib. c. 6.* ubi ait, principes civitatis P. Scevolam & M. Manlium existimasse, hominem in fructu esse, Brutum dissensisse: cujus sententia obtinuit, teste Ulp. in *l. vetus 68. de usufr.* (1) Cur autem non placuerit, partum in fructu esse, ejus rei hanc rationem reddit Cajus *d. l. 28. §. 1. de usur.* & Imp. hoc loco, quod absurdum virum sit, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparavit; quæ ratio ducta est ex contrariis: quasi dicant, natura non potest eadem res & fructus esse, & id quod fruitur: relata hæc sunt: relatorum unum numquam potest esse alterum. Etenim ut verum fatear, numquam hæc mihi ratio satis solida visa fuit. Cur enim magis absurdum, hominem in fructu hominis esse, quam hominem homini servire? Aut cum servo pecudibus Romanæ leges exæquent, *l. 2. §. 2. ad l. Aquil.* cur cum in fructu pecudum fœtus sit, absurdum est in fructu ancillarum partum esse? Nec est in his ulla *ἀντίθεσις*, *Fructus hominis causa comparati sunt, & homo est in fructu hominis.* Non enim hic idem eidem subjecto attribuit, sed diversis. Quamobrem melior est, & certe huic loco magis convenit, illa Ulpiani ratio sumpa a fine & usu, quia ancillæ ad hoc comparantur, non ut pariant, sed ut serviant, *l. ancillarum 27. de hær. pet.* Id autem solum in fructu alicujus rei esse intelligitur, & ad fructuarium pertinere, quod percipitur ex eo usu, ad quem res parata est, vel natura, vel patrisf. instituto, *l. 9. §. 5. & seqq. l. 10. l. 11. l. 12. in pr. l. 13. §. 4. & seq. l. 15. de usufr.* Quapropter, etsi nihil interesset, partus in fructu sit, necne: ad proprietarium pertineat an ad fructuarium; uti neque ancillæ, quæ utique servire cogitur: ratio tamen habenda fuit honesti ac decori, cavendumque, ne stupris vilitetur dignitas humana, *arg. l. justissime 44. de edil edict.* Jam vero ancilla fœturæ gratia habere, quin turpe & probrosum sit, nemo negare potest. Cæterum nihil amplius efficit hæc ratio, quam ut ne partus fructuario aut bonæ fidei possessori acquiri debeat: in cæteris enim partibus juris, in fructu sive reditu aut causa etiam partus computatur, *l. 8. l. 14. de usur. l. Falcidiæ 24. §. 1. ad leg. Falc. l. quæsitum 91. §. ult. de leg. 1.*

TEXTUS.

De officio fructuarii.

38. *Sed si gregis usumfructum qui habeat, in quo locum demortuorum capitum ex fœtu fructuarius submittere debet*

debet (ut & Juliano visum est) in vinearum demortuorum vel arborum locum alias debet substituere. Recte enim colere & quasi bonus paterfamilias uti debet.

NOTÆ.

38. *Ex fœtu submittere*) Ex fœtura gregem supplere, & sufficere prolem, *d. l. 68. §. ult.* cum 2. *ff. seq. de usufr.* fiuntque capita substituta domini, ea quibus substituuntur, fructuarii, *d. l. 69.* Basil. 16. *t. 1. in fin.*

COMMENTARIUS.

1. *Inter onera, quæ fructuario incumbunt, unum esse, ut rem fructuariam tueantur, & quid ea initio desideret?*

LOngius a via digreditur Imperator; sequendum tamen, quocumque trahit. Cum fructus omnes, sive ex re nascantur, sive per causam rei jure percipiantur, fructuarii lucro cedant, æquum est, ut is vicissim onera rei fructuariæ adjuncta agnoscat, juxta regulam naturæ, *l. 10. de reg. jur.* Inter onera autem, quæ fructuario incumbunt, hoc unum est, ut rem fructuariam tueatur, *l. usufr. 44. de usufr.* Hæc autem tuitio cum exigat, ut rem quam accepit, integram & in suo statu conservet, quantum cura & reparatione fieri potest: ideo & curam ac diligentiam rei servandæ adversus imminentia pericula adhibere debet, & quidem talem, qualem diligens paterf. suis rebus adhibere solet, *l. sed cum 63. eod. l. 1. in fin. l. seqq. usufr. quem cav.* & suo sumptu sarcire ac reparare, quæ vitii aliquid contraxerunt, aut discesserunt a priori integritate: puta si quid reficiendum est, sarta tecta præstare, animalia ægrota curare, gregem ex fœtu supplere, in locum arborum demortuarum alias substituere, in summa recte colere, atque ut bonus paterf. uti, *l. 7. §. 1. & 3. l. 13. §. 2. l. agri 18. sicut 45. l. sed cum 65. l. verus 68. in fin. & 2. leg. seqq. de usuf. l. 7. C. eod.*

Gregis usumfructum) Ait *gregis*; nam si non gregis aut universitatis ususfructus nomine collectivo legatus sit, sed singulorum capitum, veluti centum ovium, nihil supplere cogitur fructuarius, *l. quid ergo 70. §. 3. de usufr.* quippe in his quæ numero certa sunt & designata, non est augmento locus: & tot sunt tunc ususfructus, quot sunt capita fructuaria, quorum uno more, ususfructus iste extinguitur.

Demortuorum capitum) Ait *demortuorum*. Ulpian. *d. l. vetus 68. in fin. de usufr.* hoc ideo, quia si vi externa capita aliqua ex grege perierint, incendio puta, aut ruina stabuli, aut prædonum impetu, hos casus fructuarius præstare non debet, nec in locum amissorum alia substituere, *arg. l. arbores 55. de usufruct.*

Ex fœtu submittere) Ait *ex fœtu*. Neque enim de suo gregem supplere fructuarius cogitur, sed ex agnatis capitis, hoc est, natis ex eodem grege *d. l. vetus 68. in fin. defunct.* Proinde si ex grege nondum ulla nata sit prioribus demortuis, aut si oves abortierunt, aut fœtus perierunt, priusquam submitti possent; nihil supplere debebit fructuarius. In locum quoque eorum capitum, quæ vel senio, vel vitio corporis inutilia facta sunt, alia ex fœtu submittenda, *l. vel inutilius 69. eod.*

Submittere debet) Submissionis effectus hic, ut substituta capita statim domini fiant, sicuti post substitutionem priora sive demortua vel inutilia & vitiosa, fiunt fructuarii. Hæc enim ex natura fructus desinunt esse proprietarii, *dict. leg. vel inutilium 69. de usufruct.*

Vinearum demortuarum vel arborum) At hic item *demortuorum*, sicut Paulus *l. agri 18. eod.* nimirum ideo, quia in locum arborum vi tempestatis eversarum alias substituere non tenetur, *leg. arbores 59. eod. tit.* quippe usufructuarius omnia quidem, etiam quæ sine culpa ejus contingunt, sed sola rei interna incommoda ac detrimenta sustinet: quæ autem vi contingunt externa, nec a re ipsa proficiscuntur, placet ad onus fructuarii non pertinere, ex regula & jure communi de casibus, *l. contractus 23. de reg. jur. l. quæ fortuitis 6. C. de pign. act.* Ulpian. in *leg. 7. §. ult. de usufruct.* scribit, fructuarium cogi adserere arbores: quod Græcis est κεντρίζειν, id est, forare medullam arboris sterilis, & in eam fœcundæ calamum immittere; insitionis species pro genere. Qua forma Papinianus dixit adserere prolem pro adoptare, sicut scilicet inforatione surculus truncum adoptat, Cujac. 11. *observ.* 37. VINN. Elegans est hæc conjectura Cujacii; sed ex mea sententia non admodum solida. Adserere enim prolem, Papiniano est adoptare, non quia sic adoptans filium quasi inserat familiæ, sed quod adoptans vetere ritu filium adoptivum adserebat, id est, vindicabat formula illa nota: *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse Ajo. Est enim mihi emptus hoc ære hac Æneaque libra.* HEIN.

Recte enim colere) Non satis officio suo fungi videri debet usufructuarius, si fundum utcumque colat, nisi eum ita colat, ut ne deterior fiat causa ususfructus, omniaque faciat, quæ faceret in re sua, sicut cautione fructuaria continetur, *l. 1. §. cavere 3. §. usufr. qui cav.*

TEXTUS.

De inventione Thesauri.

39. *Thesauros, quos quis in loco suo invenerit, D. Hadrianus naturalem æquitatem sequutus ei concessit, qui eos invenerit. Idemque statuit, si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium domino soli concessit, & dimidium inventori. Et convenienter, si quis in Cæsaris loco invenerit, dimidium inventoris, & dimidium esse Cæsaris statuit. Cui conveniens est, ut si quis in fiscali loco, vel publico, vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse debeat, & dimidium fisci, vel civitatis.*

NOTÆ.

39. *In sacro aut religioso*) Utroque scil. privato, nam & sacra quædam privata, *l. 6. §. 1. ff. de leg. Jul. pecul.* Aliud, si in hujusmodi locis publicis; ita cape *l. 3. §. fen. ff. de jur. fisc.*

Sed fortuito) Ut puta si quis colendi agri causa fodiens humum, aurum defossum inveniat, nullo adhibito perscrutandi studio, quod sine permissu domini merito vetitum, *d. leg. un. Cod. de thesaur.* add. *leg. 63. §. fen. & ult. hoc tit.*

Dimidium fisci) De variis moribus legibusque circa thesauros, vide eruditissimum Gro. *de jur. bell.* & Peregr. 4. *de jur. fisc. cap.* 2.

COM-

COMMENTARIUS.

1. *Thesauri appellatione significari quasvis opes repositas: tum etiam ipsum locum, in quo asservantur, & ratio nominis.*
2. *In quæstione proposita quid eo verbo nostri intelligant, & quo referenda hæc acquisitio?*
3. *Locum proprium hic intelligi etiam eum, in quo alius usumfructum habet: secus si jus emphyteusios aut feudi.*
4. *A divis Fratribus nihil mutatum esse ex eo jure, quod de thesauro in loco sacro aut religioso reperto D. Hadrianus constituit.*
5. *Cur cæteræ res hujus generis etiam in alieno quæsitæ occupantium fiant; thesaurus non item? & num. 9.*
6. *Cur thesaurus non totus cedat inventori ut res cæteræ, quæ nullius sunt?*
7. *Distinctio rerum Cæsaris, fisci, publicarum & civitatis.*
8. *Summa juris de thesauris constituti; & quid moribus hodiernis obtineat?*

PArtes propositæ tractationis, quæ a Justiniano passim sparsæ sunt, commodioris doctrinæ causa ad duo summa capita revocari posse, ad occupationem scilicet, & rei nostræ potestatem supra diximus in explicatione §. *singul.* 11. *eod.* & progressi ostendimus, singula, in quæ incidimus, ad alterutrum horum capitum pertinere. Nihil quod nobis potestate rei nostræ quæratur superest: ad factum & occupationem nostram pertinent inventio thesauri, apprehensio rerum, quæ a dominis vel traduntur, vel pro derelictis habentur: in quibus porro explicandis hic titulus consumitur.

Thesauros) Thesaurus Græcis & Latinis idem est, quod Persis *Gaza*, nimirum quælibet divitiæ quas in usum futurum asservavimus aut recondimus. Nam & pecunia nuper deposita, & cujus dominus non ignoratur, passim thesaurus appellatur etiam apud nostros, ut in *l. item Labeo* 22. *fam. erc. l. thesaur.* 15. *exhib. l. pereg.* 44. *de acq. poss.* de tali quoque thesauro accipienda *l.* 3. §. *Neratius* 3. *d. t. de acq. poss.* ut recte existimat Gothofredus, injuria notatus a Bachov. vid. Duar. ad *d.* §. *Neratius* 3. (3) Locus quoque, in quo opes asservantur, τὸ γαζοφυλάκιον, thesaurus appellatur. Plutarch. *in Solon.* Ἐκέλευσεν αὐτοῦ τοὺς θησαυροὺς ἀνοῖξαι τῶν χρημάτων. Hinc per translationem Cic. 1. *de orat. cap.* 5. memoriam dicit esse rerum omnium thesaurum. Atque hæc significatio etiam rationi nominis convenit. Quamvis enim Con. 3. *com.* 4. & Don. 4. *com.* 14. thesaurum inde dici putent, quod εἰς αὔριον, *in crastinum* sit repositus, ut sit θέσις εἰς αὔριον, proprius tamen vero est, vocem esse conjunctam ἐκ θέσεως καὶ αὔρα αὖρος, ut sit Conditorium pecuniæ. (2) Hoc enim nomine veteres Græci pecuniam vocabant, qua qui abundabat, αὖρος dicebatur, teste Hesychio. Cæterum in quæstione de acquirendo rerum dominio, cum agitur de thesauro occupatione acquirendo, JCti thesaurum appellant eam duntaxat pecuniam, quæ olim condita, nunc cum reperitur, a quo condita aut cujus sit, ignoratur, *l. numquam* 31. §. 1. *h. t. l. unic. C. de thes. lib.* 10. *l. a tutore* 67. *de rei vind.* Convenienter nimirum argumento, quod tractant: cum non alius thesaurus sit idoneus, qui hoc modo acquiratur, quam qui dominum non habeat; nec repugnat communis & popularis loquendi consuetudo. Igitur in quæstione proposita thesaurus definitore Paulo in *d. l.* 31. est verus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat. Cujus descriptioni similis est illa Leonis in *d. leg. unic.* thesaurum interpretantis, condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia; & Cassiodori *lib.* 6. *var. cap.* 8. definientis depositivam pecuniam, quæ longa vetustate competentes dominos amisit. Atque hinc jam etiam liquet, thesaurum quoque pertinere ad regulam juris gentium de rebus nullius: quamquam non per omnia in thesauro occupando & nostro faciendo idem servatur, quod in cæteris rebus, quæ nullius sunt. Nam cæteræ hujus generis res quovis loco occupatæ totæ sunt occupantis: thesaurus autem extra locum proprium repertus pro parte tantum dimidia. Sed & res cæteræ, quæ nullius sunt, fiunt occupantis, etiamsi data opera quæsitæ sint in alieno: thesaurus in alieno quæsitus nullo modo. Quod quamobrem tam varie placitum intelligetur non ita multo post.

Quos quis in suo loco invenerit) Sive data opera quæsitos, sive forte fortuna: tantum magicæ artes ad thesaurum in suo inveniendum prohibentur, quas & ubique excipi oportet, *dict. l. unica Cod. de thes.* Ait *in loco suo*. Proprium loco accipere debemus etiam eum, in quo alium usumfructum habet, *arg. pr. inf. de hær. inst.* (3) Proinde si in eo loco proprietarius thesaurum invenerit, in suo invenisse intelligi debet, & totum sibi quæsisse. Si alius, pars dimidia inventoris, pars altera proprietarii erit. Idemque dicendum est, si usufructuarius invenerit: quoniam thesaurus in fructu non computatur, *leg. si quis* 63. *hoc tit.* Unde etiam est, quod thesaurus a marito in prædio dotali inventus, pro parte dimidia tantum mariti lucro cedat, pro altera dimidia sit restituendus, quasi in alieno inventus, *leg.* 7. §. *si fundum* 12. *solut. matr.* Moller. 4. *semest.* 17. Ager autem vectigalis sive emphyteuticus magis est, ut emphyteutæ proprius existimetur, ejusque, qui dominium utile, quam qui directum habet. Nam ad emphiteutam pertinet plenissima rei utilitas, & pari jure quo dominus rem tenet ac possidet; adeoque adversus ipsum etiam directum dominium utile in rem actionem habet, *leg. sciendum* 15. §. 1. *qui satisd. l.* 1. §. 1. *si ag. vect. l. quis sit* 25. §. 1. *in fin. de usur.* Longe igitur distat emphiteuta a fructuario: emphyteuta jus habet in corpore & substantia rei; fructuarius non item. Hinc est, quod fructuarius in edicto, *Qui satisdare cog.* pro possessore non habetur: emphyteuta contra, *d. l.* 15. §. 2. *qui satisd. cog.* quod arbores vi ventorum dejectæ ad emphyteutam pertinent, non ad fructuarium, *l.* 12. *de usufr.* Si quid servo, in quo quis ususfructus, legatum aut donatum sit, id non fructuario, sed domino proprietatis acquiritur, §. 4. *inf. per quas pers. cuique acq.* si servo emphyteutæ, ipsi emphyteutæ. Quam ob causam dubitandum non est, quin si ipse quoque emphyteuta in prædio in emphyteusim sibi concesso thesaurum similiter invenerit, totum eum sibi soli recte vindicet: eademque plane ratio est Vassali, qui thesaurum reperit in fundo feudali, *arg. c. un. de invest. ut re la fac. l.* 2. *feud.* Mynf. Schneid. VVes. post Gloss. & DD. *comm. hic.* Nic. Burgun. *ad consf. Flandr. tr.* 12. Christ. *vol.* 6. *dec.* 21. *n.* 19. *& seq.*

Hadrianus naturalem æquitatem secutus) Hoc est secutus regulam juris naturæ sive gentium de rebus, quæ nullius sunt, occupanti concedendis, §. *feræ* 12. *sup. eod.* Nimirum cum etiam thesaurus numeretur inter ea, quæ nullius sunt; æquum esse censuit Hadrianus etiam in

in thesauro occupato regulam istam servari, & quidem per omnia, si quis invenisset amico Hercule in suo: quippe qui & alia ratione ita repertum vindicare posse videatur, vel tamquam beneficium & commodum rei suæ, vel quod simile vero sit, eum a majoribus suis conditum esse: hæc enim ratio facit, ut in alieno reperti dimidium concedatur domino soli.

Idemque statuit, si quis in sacro aut religioso) Quod hic Hadrianum constituisse refert Justinianus, id a Fratribus Principibus civili ratione mutatum esse existimant Accurs. Ang. Porc. Fab. Sceneid. *hic* Duar. *de acq. rer. dom. cap.* 4. Don. 4. *com.* 4. Sic enim scribit Callistrat. *l.* 3. §. *penult. de jur. fis. Si in locis fiscalibus, vel publicis, religiosisve, aut monumentis thesauri reperti fuerint, Divi Fratres constituerunt, ut dimidia pars fisco vindicaretur.* Quam sententiam veram quidem esse fatetur Covar. in c. *peccatum de reg. jur. in* 6. p. 3. *relict.* §. 2. n. 3. (4) sed ille constitutionem Divorum Fratrum a Justiniano iterum abrogatam contendit, qua parte illa derogaverit edicto Divi Hadriani. Neutrum probabile mihi videtur. Nam si edictum Hadriani rescripto Antonini & Verri sublatum fuisset, utique non quid ille, sed quid hi de thesauris in loco sacro religiosove inventis constituissent, Justinianus commemorasset: & cum simpliciter referat edictum Hadriani, non facta mentione rescripti Fratrum Imperatorum, vix est, *ut dici possit, hic aliquid novi juris ab eo constitutum esse.* Arbitror, commoda explicatione, *d. l.* 3. §. *pen.* cum hoc nostro §. conciliari posse: quamvis id neget Ant. Matth. Constituit Hadrianus, thesaurum ejus esse, qui eum invenisset in loco suo: addidit, idem esse, etiamsi in loco sacro aut religioso repertus sit; nimirum ejus itidem esse, cujus est fundus, in quo loca ista sunt, perinde quasi in suo adhuc reperisset. Nam etsi loca sacra & religiosa nullius vere in bonis sint: ejus tamen aliquatenus sunt, cujus in usu & fundo sunt, & quodammodo juris privati, *arg. leg.* 5. & *seqq. de relig. leg. sacrilegi* 9. §. 1. *ad leg. Jul. pec. leg. in modocis* 23. *de contr. empt.* Neque potest sine injuria vel in Deos ipsos Deorum beneficio privari, qui vel ipsi, vel quorum majores partem fundi sui divinis usibus dicaverunt. Quid Divi Fratres in *d. l.* 3. §. *pen. de jure fisci*? Constituerunt, inquit Callistratus, ut thesauri in locis fiscalibus vel publicis religiosisve aut monumentis reperti, pro parte dimidia fisco vindicarentur. Titulus ipse & rerum conjunctio ostendunt, loqui Imp. de locis religiosis similibus publicis, in quibus scilicet fiscus jus habet, aut qui fisci quodammodo sunt, puta quod ad fiscum forte pervenerunt, juxta *l.* 6. *eod. tit.* vel quæ publice civium funeribus destinata sunt, cujusmodi tenuiorum tumulus in suburbanis fuisse auctor est Aggen. Urbicus. In his locis eodem jure uti fiscum volunt, quo utitur in rebus publicis juris profani, aut quo utuntur privati in loco suo, sive profano, sive religioso. Et vero ob loci religionem aut sanctitatem nihil novi juris hic constitutum fuisse argumento est, quo Leo Imp. in *d. l. un. C. de Thes.* simpliciter distinguit, an quis in suo loco repererit, an in non suo, nulla facta mentione sacri aut profani, quasi hoc nihil ad rem faciat. Idque ex Ælio Spartiano *in Hadr. c.* 18. etiam certius colligas, qui itidem sine ulla rerum distinctione refert, Hadrianum de Thesauris ita cavisse, *ut si quis in suo reperisset, ipse potiretur: si quis in alieno, dimidium domino daret, si quis in publico, cum fisco æqualiter partiretur.* Nulla igitur est pugna inter *d. l.* 3. §. *penult.* & hunc §. nostrum, quem de loco religioso privato accipi oportet; suadente id ipsum quoque rerum in ea conjunctione & discretione: manifesteque labitur Bachovius, qui ob conjunctionem loci religiosi & sacri negat hanc interpretationem admitti posse, eo quod nulla loca aut ædes sacræ privatæ dici possint; hoc enim falsum esse, & sacella privata propriasque suas ædiculas veteres habuisse, vel unus Paulus cum docere poterat in *l. sacrilegi* 9. §. 1. *l. ad Jul. pec.* ita propemodum & Conn. 3. *Com.* 4. Charond. 1. *verisim.* 11. Robert. *rec. lect.* 5. Cantiuc. & VVesemb. *hic*. VINN. Addendus hic omnino Jac. Gothofr. *ad l.* 1. *c. Theod. de thesaur.* Ubi tota hujus legislationis historia erudite exponitur. HEIN.

Fortuito casu) Thesaurus, quem inveni in loco meo, sive fortuitum sive quæsitum, meum est: sin ille locus meus sacer est vel religiosus, non alias meus erit, quam si fortuna quasi munere mihi oblatus fuerit, nullo adhibito perscrutandi studio; quod proculdubio ideo placuit; ne detur occasio violandorum sepulcrorum & aperiendi urnas defunctorum, si etiam studiose quæsitum inventumque suum quisque faciat, sibique habeat.

(5) *At si quis in alieno*) Ceteræ res, quæ nullius sunt, occupantium fiunt, etiamsi data opera in alieno quæsitæ sint, ut de feris bestiis in fundo alieno investigatis & captis diximus: *thesaurus in alieno quæsitus & inventus ne pro parte quidem fit inventoris, sed totus domino reddi jubetur; d. l. un. c. de thes.* Ratio diversi juris hæc est; quod qui feram in alieno capit, aut rem puta pro derelicto habitam tollit, nihil fundo aut fundi domino nocet, ad thesaurum vero perveniri non potest sine effossionibus & manifesto damno fundi, in cujus visceribus thesaurus abditus jacet. Aliqua autem effodere sine permissu domini, inque iis latentes rimari opes merito vetitum, & pœna, non præmio dignum, *d. l. un. l.* 2. *C. Theod. de thes.*

Dimidium domino soli) Thesaurus in alieno loco casu inventus, dum quis arat, aut quid aliud in eo operis facit, pro dimidio inventoris fit, pars altera dimidia conceditur domino soli, *l. si is* 63. §. *pen.* & *ult. h. t. d. l. un. C. de thes.* (6) Cur vero, inquis, non totus cedit inventori, sicuti ceteræ ejusdem generis rei occupantis totæ fiunt loco quocumque occupatæ, ut feræ bestiæ, res pro derelictis habitæ, gemmæ & lapilli inventi in litoribus? Nimirum quia illæ feræ nullius sunt; thesaurus non est: quippe quem nemo eo animo abscondit, ut eum in numero rerum suarum esse nolit, sed ut tutiore loco custodiat, tantum ideo nullius esse dicitur, quia cujus sit non apparet: nam etsi dominum per rerum naturam habeat, hæredem scilicet ejus, qui eum defodit, quamvis per longissimam successionem primo domino succedentem: apud nos tamen non habet, quia a nobis dominus ignoratur: ob quam incertitudinem itum est ad hanc partitionem, ut pars una inventori, pars altera domino loci adjudicaretur. Tametsi enim pro inventore dici poterat, thesaurum ut rem nullius totum ei, qui invenit, tribui oportere, propterea quod de his, quæ non apparent, perinde judicandum sit, quasi non essent, *l. in l.* 77. *de contr. empt.* dominum tamen loci & sua & par ratio defendit, qui contra sibi thesaurum vindicans dicere potest, nihil esse verisimilius, quam quod a majoribus suis profectus sit: in proprio enim, quia tutius, non in alieno thesauro condi. Ad hæc fundi, in quo tanto tempore asservatus est, quodammodo beneficium esse: quam ob causam cum Imp. Gratianus, Valentinian. & Theod. partem quartam duntaxat domino loci assignassent, *l.* 2. *C. Th. de thes.* merito Imp. Leo, abrogata eo-

rum

rum constitutione, ad æqualitatem petitionis & veterum constitutionum normam rem revocavit. VINN. Videtur ratio hujus divisionis inde repetenda, quod veteres disputarent, accessionisne jure an inventionis vel occupationis acquiratur thesaurus. Prius placuit illis, quos hic sequitur Imperator posterius Paulo *l.* 31. §. 1. *ff. de acq. rer. dom.* Qui prius admittebant principium, totum thesaurum vindicabant domino fundi: qui posterius, inventori. Hadrianus utrumque conjunxit, & dimidium domino addixit, jure accessionis, dimidium inventori, jure occupationis rei pro derelicta habitæ. HEIN.

(7) *In Cæsaris loco &c.*) Distinguit Imp. loca Cæsaris a locis fiscalibus, & hæc a publicis, publica a locis civitatis. *Res Cæsaris* dicuntur bona Principis patrimonialia. *Res fisci* sunt, veluti bona proscriptorum, vectigalia, commissa, bona caduca, quæ quidem & ipsa quasi propria & privata sunt Principis, *l.* 2. §. 4. *ne quid in loc. publ.* sed ut Principis, & ratione imperii. Publica loca appellat, quæ in usu publico sunt populi Romani, veluti arcæ, insulæ, agri, viæ, itineraque publica, *d. l.* 2. §. 3. Loca civitatis, quæ usibus civium in municipiis & singulis civitatibus deserviunt. §. *universit.* 6. *sup. eod.* Quæ a publicis eodem sensu hic separat, quo Ulp. bona civitatis ab iis, quæ populi Romani sunt, *l.* 5. *de verb. sign.* Spartianus *in Hadr. c.* 18. omnia ista loca designavit uno verbo Publici. Hæc obiter in Præsentia, subtilius rerum Cæsaris, fiscalium, & publicarum discrimen exquiremus. §. *ultim. inf. de usuc.*

(8) *Dimidium fisci vel civitatis*) Sive in loco alieno privati alicujus, sive in loco Cæsaris, aut publico fisci vel civitatis thesaurus repertus sit, medietatem duntaxat inventor consequitur, pars altera repertorum ad eum pertinet, qui loci dominus est, aut jus imperiumve in eo habet. Et quod diximus de loco privato, non aliter partem in eo reperiri inventoris fieri; quam si fortuito & aliud agens invenerit, alioqui totum restituendum esse ei, cujus est locus; hoc non minus obtinere debet in locis publicis, ut in his etiam consulta opera quæsita & inventus similiter totus pertinet ad Principem vel civitatem. Non enim magis fas esse credendum est publica loca effodere & scrutari, quam privata aliena, facit constitutio Friderici *lib.* 2. *Feud. t.* 56. *quæ sint reløg. in fi.* Quod si inventor partem thesauri ad fiscum pertinentem suppresserit, totum cum altero tanto cogitur solvere, Deferre autem se nemo cogitur, si pars fisco non debeatur, *l.* 3. §. *ult. de jur. fisc.*

Summa juris de thesauris edicto D. Hadr. constituti hæc est, ut si quis thesaurum in suo reperisset, sive quæsitum, sive nihil tale cogitans, totum sibi haberet: si quis in alieno, non data ad hoc opera, dimidium domino daret, partem alteram duntaxat ipse consequeretur: si quis in loco publico, itidem non data opera, cum Principe aut civitate æqualiter partiretur. Si quis autem scrutatus in alieno sive privato sive publico thesaurum invenisset; is totum hunc domino loci, sive ad cujus curam vel imperium locus pertinet, reddere cogeretur. Ab hoc jure cum procedente tempore recessum esset, ut constat ex *tit. Cod. Theod. de thes.* reductum illud est a Leone Nepote, *l. ult. C. Justin. eod.* iterumque vigore suo privatum, restitutum a Leone Philosopho *Nov. Leon.* 51. a Friderico nihil mutatum, *tit. quæ sint reg.* At tunc in plerisque locis thesauros, ut & alia pleraque ἀδέσποτα, Principes sibi vindicant, & quidem in solidum, quocumque in loco reperti fuerint: estque id nunc jus commune & quasi gentium. Nam & in Germania, & Gallia, & Anglia, & Hispania, & Dania id observatur, teste De Grot. 2. *de jur. bell. c.* 8. *n.* 7. add. Peregr. *l.* 4. *de jur. fisc. t.* 2. Covar. *in relect. c. peccatum de reg. jur. in* 6. *par.* 3. §. 2. Lebret. *lib.* 3. *de la souveraintè, c.* 6. Cristin. *vol.* 1. *dec.* 16. Theodoricus quoque Rex thesauros quocumque loco repertos publico vindicari jussit: *Sine damno enim*, inquit, *inventa perdit qui propria non amittit*: Cassiod. 4. *var.* 34. & 68. Apud nos tamen jus hoc incertum esse dicitur: nam patronos quidem fisci contendere, thesauros quocumque in loco inventos ad fiscum pertinere, ut in plerisque aliis regionibus nunc obtinere diximus, cæterum alios contra putare, sequendam nobis esse in hoc negotio constitutionem juris Romani: propterea quod neque quicquam de eo cautum reperiatur legibus propriis; neque doceri possit, Romani Juris vigorem apud nos desuetudine usuque contrario enervatum, Grot. 1. *manud. ad jurispr. Bat. cap.*4. Itaque in hoc dubio contra fiscum facile responderim, *arg. l. non puto* 10. *de jur. fisc.* add. Groenevv. *de leg. abrog. hic*.

TEXTUS.

De traditione. 1. Regula, ejusque ratio.

40. *Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi: & ideo cujuscumque generis sit corporalis res, tradi potest, & a domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque & tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria & tributaria prædia, quæ in Provinciis sunt; inter quæ, nec non & Italica prædia ex nostra constitutione nulla est differentia: sed si quidem ex causa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur.*

NOTÆ.

40. *Per traditionem*) Ex Cajo *l.* 9. §. 3. *h. t.* Sola autem conventione dominium non transfertur, veluti si inter nos convenerit, ut mea res esset tua, licet ex justa causa, puta, quia eam tibi vendidi, *l.* 20. *C. de pact.*

Nostra constitutione) *d. l. un. Cod. de usuc. transfer.* ubi tollitur vetus rerum & dominiorum distinctio. Etsi autem Provinciales pleno jure domini non erant, habebant tamen jus aliquod dominio proximum, prædiaque sua alienare poterant, & hæredibus relinquere, & servitutem his imponere, *l.* 3. *Cod. de servit.*

Ex causa) Nunquam enim nuda traditio dominium transfert: sed ita, si venditio aut alia justa causa, id est, titulus ad dominium transferendum habilis præcesserit, *l.* 31. *h. tit.* saltem opinione tradentis.

COMMENTARIUS.

1 *Citra traditionem dominia rerum jure gentium non transferri; & quam rationem hoc habeat?*
2 *An ad transferendum dominium requiratur vacuæ possessionis traditio?*
3 *Responsum Triphonini sub tit. de f. dot. expositum.*
4 *Traditione non transferri dominium, nisi justa causa saltem opinione tradentis præcesserit, propter quam traditio sequatur.*

5 *An*

5 *An & quando diſſenſio in cauſis tradendi & acci-piendi impediat dominii translationem?*
6 *De veteri diſcrimine dominiorum nonnulla.*
7 *Quale jus olim poſſeſſores prædiorum provincialium habuerint?*
8 *Stipendium & tributum univoce dici.*
9 *Provincialium qui vectigales, qui ſtipendiarii ſive tributarii appellati?*

HÆc quoque acquiſitionis ſpecies ad generalem occupationem referri debet: nam cum traditione rem acquiri dicimus, non intelligimus ſolum factum tradentis, ſed ex effectu magis etiam rei traditæ acceptionem atque apprehenſionem: quippe ſine qua traditio non perficitur, hoc eſt, dominium non transfertur aut acquiritur, *l. in omnib. 55. de obl. & act.* Differt autem hic modus acquirendi a ſuperioribus ejuſdem generis, quod earum rerum, quæ nullius ſunt, acquirendarum ratio præter apprehenſionem nihil deſiderat, quia occupantur ſine cujuſquam injuria, quæ ex hoſtibus capiuntur, invitis dominis ad nos tranſeunt jure belli: in ſpecie autem propoſita non ſatis eſt nanciſcendi dominii cauſa rem apprehendiſſe, niſi & voluntate domini in hoc tradita ſit; quod omnino hic exigit ratio juris gentium, *d. l. in omnibus 55. l. 2. de his qui ſui vel al. jur. l. id quod noſtrum 11. de reg. jur.* Et quia nemo eo animo eſt; ut velit rem ſuam in alium transferre ſine cauſa, inde eſt, quod cum in cæteris omnibus juris gentium acquiſitionibus modus acquirendi idem ſit & cauſa ſive titulus, (verbi cauſa occupatio feræ beſtiæ eſt & modus acquirendi & titulus) ea in hac ſpecie perpetuo diſtinguantur. Modus acquirendi eſt traditio, vel potius rei traditæ acceptio & apprehenſio; titulus, veluti emptio, permutatio, donatio, cæteræque cauſæ, ex quibus res a domino tradita dominium in accipientem tranſit, ſin minus jus uſucapiendi, *l. nunquam 31. hoc tit. l. 1. & ſeqq. de Publ. in rem act.*

Per traditionem) Traditio vel vera eſt, quæ naturalis datio appellatur, *l. non ſtatim 8. de pecul.* & in re mobili eſt de manu in manum translatio, in re ſoli in poſſeſſionem inductio; vel ficta, quæ commoditatis cauſa fit, vel brevi manu, vel actu aliquo corporis, aut nota ſive ſymbolo, quod veram traditionem repræſentet. Non minus vero ficta & ſymbolica traditione dominium in accipientem tranſit, quam vera & naturali, *§. interdum 43. & ſeq. in eod.* (1) At citra ullam traditionem nudis & ſolis pactis dominium non transfertur, etiamſi id agatur in negotio gerendo, ut tranſeat: verbi cauſa, placuit inter nos, ut mea res eſſet tua; licet id placuerit ex juſta cauſa, puta quia eam tibi vendidi, non ante tamen tua erit, quam a me tibi tradita ſit. Vid. *l. traditionibus 20. C. de pact. l. ſi ager 50. de rei vind. l. quoties l. pen. C. eod. l. 6. C. de hær. vel act. vend.* Cur vero ad dominium transferendum non placet ſufficere nudam convenientium voluntatem? Nimirum quia nemo ex ratione juris gentium facto ſuo, rem (ſive ea nullius ſit, ſive alterius) acquirit, niſi cujus poteſtati & manui ſubjecta ſit: quod ita quiſque conſequitur, ſi eam apprehenderit, ſi poſſeſſionem ejus nanciſcatur, *arg. l. 1. de acq. poſſ.* Non aliter autem poſſeſſio rei alienæ apprehendi, & per eam poteſtati noſtræ res ſubjici poteſt, quam ſi dominus eam tradiderit, in cujus tamdiu poteſtate eſt & manet. Diſſ. tamen D. Grot. 2. *de jur. bell. c. 6. & 8.* contendens, ex ratione juris naturæ ſeu gentium nihil amplius ad translationem dominii requiri, quam ſolam voluntatem domini rem ſuam alteri in hoc addicentis: jure autem & ratione civili inſtitutum eſſe, ſecuritatis dominorum cauſa, & occurrendi temerariis alienationibus, ut tunc demum dominium a priore domino abeat, cum is alteri rem tenendam & poſſidendam tradiderit; quod quia a multis gentibus receptum, jus gentium improprie dicatur. Sed poſito eo, quod diximus, & quæ veterum ſane omnium ſententia fuit, traditione, non nuda conventione dominium jure naturali ſive gentium acquiri, quæſitum porro ab Interp. eſt, an in propoſito ad dominium transferendum ſufficiat rem qualiter tradidiſſe, dum ea tradita ſit vacua ab omni detentore, qui apprehenſionem impediat; an vero ad eam rem neceſſe ſit tradere rei vacuam & plenam poſſeſſionem? Breviter: An res ab alio poſſeſſa ita alicui tradi poſſit, ut dominium in eum tranſeat. Finge ita. Fundum tibi vendidi, qui ab alio bona fide poſſidebatur, & dum forte poſſeſſor peregre abeſt, eum tibi tradidi dominii transferendi cauſa; tu in eum ingreſſus es eo animo, ut capias quod traditur, & dominus has. Quæritur, an quia vacua poſſeſſio tradita non eſt, ac ne poſſeſſio quidem, nihilominus tibi fundus jure gentium acquiratur? Et putavi aliquando cum DD. Longobardis, Placent. Joan. Azon. Accurſ. Odofred. Bart. Bald. quos ſequitur D. Don. 5. *comment.* 5. acquiri; neque alienam abſentis poſſeſſionem obſtare domino, quominus ille rem ſuam transferat in eum, cui ejus rei corpus prehendendum & tenendum dat ſine cujuſquam impedimento. Cæterum nunc in contrarium moveor, & quidem maxime illa ipſa ratione, qua illi utuntur ad probandam neceſſitatem traditionis. Ajunt enim, ideo ad acquiſitionem & translationem dominii neceſſariam eſſe traditionem, quia ratio juris gentium exigit, ut quod facto noſtro acquiritur, prius poteſtati noſtræ ſubjiciatur. At vero res poteſtati noſtræ ſubjecta dici non poteſt, cujus plenam poſſeſſionem, eamque quæ avelli non poſſit, nacti non ſumus, *l. non videtur 22. de acquir. poſſ. l. 4. §. item in poteſtatem 12. de uſu l. 13. §. 2. de verb. ſignif.* Neque poteſt in nos transferri poſſeſſio juſta ejus rei, quam alius poſſidet, quamdiu poſſidet; & vel animo retinet poſſeſſionem, *l. 3. §. ex contrario 5. & 7. l. 6. §. ultim. de acquir. poſſ.* Sunt vero & alia hujus rei argumenta non pauca. Nam cum unum idemque genus ſit, & actus idem traditionis qua transfertur dominium & præſtatur cauſa uſucapionis, *arg. l. 11. §. 1. de act. empt. l. fundum 46. §. 1. de evict. §. pen. infr. per quas perſ.* non magis convenit, re a domino tradita dominium transferri ſine translatione poſſeſſionis, quam re tradita a non domino jus uſucapiendi. Ad hæc ſi dominium nobis acquiri poteſt directo ſine poſſeſſione, poterit & per procuratorem eodem modo. Quid enim intereſt, mihi res tradatur, an mea voluntate alteri meo nomine accipienti? Plane nihil, *l. reſtituta 37. ad SC. Treb.* At certum eſt, per procuratorem dominium nobis non acquiri niſi per conſequentiam poſſeſſionis per eum nobis adeptæ, *leg. traditio 20. §. ultim. hoc tit. d. §. pen. inſ. per quas perſ. l. 1. & l. 8. Cod. de acquir. poſſ.* Quin etiam ipſa traditio non propter ſe, ſed propter poſſeſſionem videtur requiri, cum ubi ſine traditione poſſeſſio obtineri poteſt, traditio non deſideretur, *l. 9. §. interdum 5. inſ. eod.* His accedit & veterum manifeſta auctoritas, quibus tradere (cum de transferendo dominio quæritur) nihil aliud eſt, quam poteſtatem facere rei habendæ & poſſidendæ; traditio nihil aliud eſt, quam poſſeſſio-

sionis datio atque translatio, *leg. 3. §. 1. de act. empt.* Hinc illa re tradita, possessionem amitti, *l. si ager 50. de rei vind.* retenta possessione, nihil traditum intelligi, *l. serv. 16. de pec. & comm. rei vind.* Huc denique pertinent textus *l. cum rei 12. Cod. de prob. l. qui prædium 13. C. de distr. pign.* & maxime *leg. 8. C. de act. empt.* item *l. hæc si 47. de rei vind.* quo loco diserte scribit Paulus, non aliter dominium rei absentis nobis acquiri, quam si possessionem ejus nacti sumus ex voluntate domini; etenim, inquies, nihil commune habet possessio cum dominio, *l. 12. §. 1. de acq. poss.* Quid tum postea? nam nec titulus sive causa, nec nuda apprehensio & detentio habet: quæ tamen illi ipsi in proposito requirunt, qui hoc objiciunt. Separata quoque est causa possessionis & usucapionis, *l. 2. §. 1. pro empt.* nemo tamen inde colligit, usucapionem sine possessione procedere. Nihil ad rem facit, quod dominium retineri potest sine possessione. Non enim tam facile quid acquiritur, quam quæsitum retinetur. Possessio non acquiritur nisi animo & corpore, animo retinetur solo, *l. 3. §. 1. & §. saltus 12. l. 6. in fin. de acquir. possess.* Feræ bestiæ non aliter nostræ fiunt, quam si eas ceperimus; manent nostræ semel captæ, quamvis effugerint, quamdiu cum spe recuperandi eas persequimur, *§. feræ 12. supr. eodem.* Unus locus est, quo præcipue moventur qui dominium etiam sine possessione acquiri posse contendunt, *l. si fundum 16. de fund. dot.* Ajunt in eo responso mulierem a Tryphonino proponi, quæ fundum, quem Titius possidebat, & prope jam usuceperat, marito in dotem dedit eo effectu, ut fundum dotale fieret, atque ex eo tempore ad prohibitionem legis Juliæ pertinere inciperet; maritoque acquireretur vindicatio: quæ omnia arguunt, dominium istius fundi marito quæsitum fuisse, per *l. in rem 31. de rei vind.* junct. *l. dot. 13. §. 2. de fund. dot.* cui tamen possessio acquiri non potuit, cum alius fundum possideret. Unde porro effici putatur, fundi istius dominium simplici traditione ac nudo, puroque corporis contactu in maritum translatum fuisse. Sed eorum, quæ colligunt, nihil ex isto responso necessario sequitur. Etenim in dotem quoque data dicuntur quæ non protinus tradita sunt, dari tantum destinata, *l. si rem 14. & l. seq. de jur. dot.* & cur prædium dotale constitui minus recte dicatur, quod mulier instrumento dotali profitetur se in dotem dare, quam ususfructus & jura prædiorum constitui dicuntur pactionibus & stipulationibus, *§. 1. inf. de usu §. ultim. infr. de serv. præd.* Sed & jus vindicandi marito competere potest, nondum translato rei in dotem datæ dominio, cessione videlicet actionis, *arg. l. ultim. Cod. hær. vend.* quam in specie a Tryphonino proposita intervenisse sine actione in ipsam rem datam omnino credibile est, cum ipsam in dotem tradere, quam alter possidebat & tenebat, mulier non potuerit. Lex Julia vetat alienari vel usucapi fundum dotalem. Hæc prohibitio legis Juliæ pertinet quidem maxime ad fundum jam traditum & marito acquisitum; quippe qui proprie dotalis est, *dict. l. dotale 15. §. 2. de fund. dot.* & dotalis constituitur, non qualiquali traditione, sed ea, quæ possessionem transferat, *leg. 5. in fin. sol. matrim.* Cæterum, ut Tryphoninus significat, pertinet ea lex etiam ad fundum nondum traditum, sed doti tantum destinatum, aut instrumento promissum, translata actione ad domini[illegible] vindicandum: propterea credo, quo qui actionem [illegible] ad rem vindicandam habet, prope abest ab eo, qui [illegible] rem ipsam, *leg. qui action. de reg. jur.* Juvat hanc interpretationem locus ipse, in quo cum nulla fiat mentio traditionis, tum quod maritus dicitur fundum a Titio petere debuisse: argumento est Titium ipsum fuisse & mansisse in possessione, nihil marito ne corporaliter quidem creditum & tenendum datum. Plane sufficit tradentem vere possidere, licet alius in possessione sit, hoc est, rem detineat; nam jus detentionis non impedire, quominus simplici traditione possessio & per eam dominium transferatur, ostendit, *l. 14. & tot. tit. quæ in fraud. cred.* Nec obstat, quod dicitur in *l. 2. §. 1. de act. empt.* vacuam possessionem emptori traditam non intelligi, si creditores bona possideant. Hoc enim ad obligationem venditoris pertinet, quæ hoc exigit, non tantum, ut res præstetur vacua ab omni vero possessore, sed etiam ab alio omni, qui jus aliud vel detentionem habeat, cujusmodi habent creditores, qui morante porro debitore, etiam secundum decretum petere & impetrare possunt. Illud meminisse oportet, disputare nos de acquirendo rerum dominio jure gentium, nam qui jure civili multis ex causis sine possessione acquiratur, veluti aditione hæreditatis, agnitione bonorum, possessione legati, fideicommissi, dubium non est. Utilitatis quoque causa jure singulari in quibusdam causis receptum, ut cui possessio non acquiritur, aut acquiri non potest, ei simplici apprehensione acquiratur dominium, eo qui tradit amittente possessionem, vid. *l. acquiruntur 10. §. 4. l. liber 19.* junct. *l. homo 54. hoc tit. l. etiam inviti 32. eod.* junct. *l. peregre 44. §. 1. de aquir. poss. l. 3. de donat.* add. Conn. *lib. 1. disput. 8.* Hotom. *illustr. illustr. quæstion. 11.* Bronch. *3. assum. 81.*

Voluntatem domini) Est enim suæ quisque rei moderator & arbiter, *leg. in re mandata 21. Cod. mand.* Cæterum ut quis velle rem suam transferre intelligatur, duo hæc concurrere debent, ut sciat rem suam esse, quam transferre cogitat; ut justam causam habeat, cur velit, puta quia vendidit, dare promisit, &c. Illud, quia nemo, qui errans in dominio rei suæ, suam esse ignorans eam pro aliena tradit: hoc animo est, ut eam transferat, *leg. si procuratore 34. hoc tit. arg. leg. 15. de jurisd.* Ajo, *in dominio rei suæ*: nam si quis non erret in re sua, non in ea, de qua transferendo agitur, sed in re alia, puta in causa debendi, hic error alienationi non obstat: ideo indebiti per errorem soluti nulla vindicatio est. (4) Hoc, quia nemo rem suam alicui tradit transferendi gratia, nisi causam habeat, cur id faciat. Hinc illud Pauli: *Numquam nudo traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut alia justa causa præcesserit, propter quam traditio secuta sit*, *l. numquam 31. hoc tit.* Non dicat quisquam, id requiri superflue, cum si nulla causa adsit; præsumi debeat donatio, *arg. l. Campanus 47. de oper. lib.* Quoniam hoc tunc solum locum habet, cum res consulto data est, *l. cujus per errorem 53. de reg. jur.* Illud non refert, an revera præcesserit causa, an opinione tradentis, ut patet in solutione indebiti. Sed quæstionis est, si ego ex una causa tibi tradam, tu ex alia accipias, an hæc in causis tradendi & accipiendi dissensio impediat dominii translationem. (5) Et si quidem in tradente nulla sit causa dominii transferendi, vel in capiente nulla nanciscendi: ut si ego deponam apud te pecuniam, tu quasi mutuam aut donatam accipias, aut e converso, si ego tibi dem pecuniam quasi mutuam, tu quasi commodatam accepias ostentandi causa, certum est, dominium non transferri, *l. si ego 18. §. 1. de reb. cred.* Non enim

hic

hic concurrit affectus ex utraque parte contrahentium, quem ad translationem dominii requirimus, *l. in omnib. 55. de obl. & act.* At si utrinque subesse existimetur causa idonea, ex qua dominium transferatur, veluti si tibi dem fundum tamquam a me debitum ex testamento, tu quasi ex stipulatu debitum accipias, vel si ego tibi tradam pecuniam donandi animo, tu accipias quasi creditam; hic quia ex utraque causa id pariter agitur ut dominium transferatur, puto traditionem efficacem esse: idque & Julianus generaliter probat, *l. cum corpus 39. h. tit.* Videtur autem a Juliano dissentire Ulpianus in specie posteriore, cum pecuniam tibi dedi quasi donaturus, tu quasi mutuam accipis, *dict. l. si ego 18. pr. de reb. cred.* Primum negat hic esse donationem, sed hoc etiam ex sententia Juliani. Deinde ait, nec mutuam esse. Nec hoc quidem negaverit Julianus, quia mutuo data non est. Sed quod addit postea, *magisque nummos accipientis non fieri*; in eo dixeris eum dissidere a Juliano, qui generaliter definit, dissensum in causis transferendi non obstare translationi, cum in corpus quod traditur, consentimus, & hanc regulam etiam eodem exemplo declarat, *dict. leg. cum in corpus 36.* quod proponitur ab Ulp. *dict. leg. si ego 18. de reb. cred.* D. Contius 1. *disput. 9.* & Bachov. *in Treutl. disput. de mutuo, thesaur. 4.* negant hoc dissidium componi posse: & sane ferri non potest, quod Alciatus 5. *parerg. 15.* Pac. 3. *quaest. 67.* Gilb. Reg. 2. *enant. ult.* putant, diversas esse horum locorum species, pecuniam creditam apud Julianum interpretantes debitam, contra usum verborum & manifestum sensum Jurisconsulti. Si qua est componendi ratio, ea est, quam affert Connan. 3. *com. 7.* & Don. 4. *com. 18. & ad d. l. si ego 18. de reb. cr.* nimirum verba haec Ulpiani, *magisque nummos accipientis non fieri*, duplicem posse pati interpretationem. Posse sic accipi, ut nummi omnino non fiant accipientis. Posse etiam sic, ut non fiant perfecte, non irrevocabiliter, ex comparatione scil. acquisitionis rei donatae, *arg. l. aliud est capere 71. de verb. sign. leg. cum quis 38. §. 3. de solut.* fiant tamen eo affectu, ut etiamsi adhuc extent, vindicari nequeant consumpti, nec efficaciter condici. Atque hoc posteriore modo verba Ulpiani accipienda esse propter generalem Juliani definitionem. Et videtur aliquo modo suadere hanc interpretationem etiam ratio ab Ulpiano subjecta, *cum alia opinione acceperis*; quippe qui donatum sibi tamquam mutuum accipit, non eo animo est, ut dominus non fiat, sed ut non fiat simpliciter & sine obligatione restituendi tantundem, tamquam ex causa donationis. Fusius haec exequor *l. 2. sel. qu. c. 35.*

Cujuscumque generis sit) Modo ne talis, cujus alienatio prohibita, ut fundi dotalis: aut ne causa ex qua traditur jure improbata; ut donatio inter virum & uxorem. Ait autem, *cujuscumque generis*, ut significet, non solas nunc res nec mancipi, ut olim, simplici traditione & nudo naturali actu pleno jure transferri: sed etiam res mancipi, cujusmodi erant praedia & praediorum jura in Italico solo, servi, & quadrupedes, quae dorso collove domantur, & olim non abalienabantur ex jure Quiritium sine actu civili, sine nexus aut cessionis in jure solemnitate. Vid. Ulpian. *tit. 19. in fragm.* Revard. *ad leg. 12. tab. cap. 16.*

Corporales res.) Nam res incorporales proprie traditionem non recipiunt, *l. 3. §. si iter 2. de act. empt. l. servus 43. §. 1. h. t.* uti nec possessionem *l. 4. §. si viam 27. de usurp. & usuc.* Sed est in his, quod vice traditionis fungatur, patientia domini, & vice apprehensionis possessionisque sit usus illius, cui dominus hujusmodi jus quaesitum vult, *l. ult. de serv. l. 3. in pr. de usuf. d. l. 3. si iter de act. empt. l. 2. §. ult. de prac.*

A domino) Qui scilicet liberam rerum suarum administrationem habeat. Nihil autem interest, utrum ipse dominus rem suam alicui transferendi causa tradat, an voluntate ejus alius, procurator puta, aut creditor, *§. nihil autem 42. inf. eod. §. 1. inf. quib. al. lic.* aut etiam alii qui jure pro dominis habentur, ut tutores & curatores, *l. bonae fidei 109. de verb. sign. l. non omni 16. & l. lex 22. Cod. de adm. tut.*

Tradita alienatur) Non minus videlicet pleno jure, quam si mancipata aut in jure cessa esset, sublato antiquo discrimine dominii, *l. un. Cod. de nud. jur. Quir. toll.* Etenim duo antiquitus fuere dominiorum genera, naturale unum, quod in bonis; alterum civile sive legitimum, quod ex jure Quiritium appellabatur, & vel nudum erat, vel plenum. (6) Si, verbi causa, civis Romanus a cive Romano servum emisset, isque ei traditus esset, neque tamen mancipatus aut cessus in jure, neque ab eo possessus, is servus in bonis quidem emptoris erat, ex jure vero Quiritium non erat, sed eo jure manebat venditoris, quamdiu mancipatus, in jure cessus, aut usucaptus non esset. Jus hoc Quiritium sibi asserebat, qui vindicabat hac vulgata formula, *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo*, *l. 1. de rei vind.* Hinc. & illa judicii dati formula apud Cic. 4. *in Verr. Cap. 12. Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure Quiritium P. Servilii esse.* Videsis, Theoph. *tit. de libert.* Ulp. *d. tit. 19.* Brisson. 4. *antiq. 22.* Raevard. *dict. c. 16.* Erat autem ejus, qui in bonis habebat, causa potior, quam domini ex jure Quiritario: nam si servus alterius in bonis, alterius ex jure Quiritium esset, ex omnibus causis acquirebat ei, cujus in bonis erat, Ulp. *d. t. 19. pen.* Qua de causa Justinianus nudum hoc & inane Quiritium jus sustulit, *d. leg. un. C. de nud. jur. Quir. toll.*

Tributaria praedia eodem modo alienantur) Dixit, res omnes, cujuscumque generis sint, traditione alienari, hoc est, ut omnes exponunt, non minus res mancipi quam nec mancipi. Hinc infert etiam, eodem modo alienari praedia provincialia. Atqui haec praedia fuere res nec mancipi: res autem nec mancipi etiam veteri jure nuda traditione abalienabantur, Ulp. *d. t. §. 6.* Unde videtur ex contrario sic inferendum fuisse, *Itaque Italica quoque praedia eodem modo alienantur.* Verum alio respicere Imperatorem, ex sequentibus apparet, ad exaequationem videlicet juris praediorum provincialium & Italicorum, cujus ipse primus auctor est, *l. un. C. de usuc.* (7) Olim agri & praedia in Provinciis non erant pleno jure possessorum, sed usu & fructu duntaxat: summo autem jure propria erant populi Romani, quippe quae praedia cum primum jure belli una cum possessoribus in jus & ditionem populi victoris venissent, hoc est, publica facta essent populi Romani, saepe provincialibus seu veteribus dominis denuo utenda & fruenda concedebantur, imposito annuo vectigali aut tributo in argentum retentae proprietatis aut summi juris. Unde est, quod praedia ista a possessoribus mancipio dari non poterant, nec ab alio usucapi, sed longi duntaxat temporis possessione illud quod dixi jus in iis acquiri: de quo uberius titulum 6. Poterat & nuda traditione jus idem in quoslivis alios transferri, salva scilicet semper manente proprietate populo aut Principi. Igitur quod de-

hisce

hisce prædiis ait, eodem illa modo alienari, sic accipiendum est, alienari plene & perfecte, simpliciterque traditione transferri in accipientem verum & justum dominium: idem nimirum, quod nunc quisque dominus in re sua qualibet habet, sublata rerum & dominiorum distinctione, *d. l. un. Cod. de und. fur. Quir. toll. d. l. un. C. de usuc. transf.* Atque hinc patet constitutione Antonini, qui provincialibus omnibus jus civitatis dedit, *leg. in orb. 17. de stat. hom.* effectum non esse ut solum provinciale ejusdem juris esset cum solo Italico. Primus enim Justinianus differentiam sustulit, voluitque, eodem jure prædia omnia censeri, *d. l. unic. Cod. de usuc. transf. & hoc text.* Obiter addo jus illud vetus provincialium possessorum non fuisse jus personale, quale est ususfructus: sed reale & proximum dominio, cujusmodi est emphyteuticum, & quod vulgo appellatur dominium utile. Nam & possessiones suas hæredibus relinquere, & cuivis extraneo in jure cedere, Ulp. *d. t. 19. §. 8.* Theoph. *hic*, & servitutem his imponere poterant, *l. 5. Cod. de serv.*

Sunt autem stipendiaria & tributaria prædia, quæ in Provinciis) Nemo hic colligat, prædia omnia, quæ in provinciis erant, vectigalia fuisse. Certum enim est, multas civitates beneficio populi aut Principum jus habuisse Latii sive Italiæ & sine eo jure colonias nonnullas provinciales & civitates immunes fuisse, *leg. 1. l. pen. l. ult. de censib.* Cic. 3. *in Verr.* Plin. *l. 3. nat. histor. c. 3. & 11.* Sed hic sensus est, prædia, quæ in Provinciis sunt, quæ stipendium aut tributum pendunt, stipendiaria dici & tributaria, ut possessores eorum dicuntur stipendiarii & tributarii. Tributum, si Theophilo credimus, inferebatur Principi, stipendium populo. Hinc Provinciæ Cæsaris tributariæ, populi stipendiariæ. De quo tamen dubito, magisque puto verba ista dici συνωνύμως (8) Nam constat, Principes sensim sibi Provincias omnes seposuisse, neque diu ratam mansisse partitionem illam Provinciarum, quam cum populo Augustum fecisse refert Svet. c. 7. Certe tempore Justiniani, ut fisci & ærarii, ita & stipendii & tributi nulla fuit differentia. In libris τῶν, aliquando separantur, ut in *leg. 7. §. 2. de usufr. leg. neque 13. de imp. in res dot. l. aufertur 46. §. qui compensationem de jur. fisc.* Sed tamen συνώνυμα esse ex auctoritate Pomponii refert Ulp. *l. si ager 27. §. 1. de verb. signif. Stipendium*, inquit, *a stipe appellatum est, quod per stipes, id est, modica æra colligatur. Idem hoc etiam tributum appellari Pomponius ait. Et sane*, inquit, *appellatur a contributione tributum, vel ex eo, quod militibus tribuatur*, ita & Festus in voce *Tributum*, Varro autem *lib. 4. de ling.* sic dictum scribit, quod *tributum a singulis pro portione census exigebatur*. Neque solum initio, ut ex Cic. Cæs. Liv. Plin. Gellio discimus, stipendium & tributum promiscue appellata est ea pecunia, quæ populo imperabatur & colligebatur in publicum, ut ex ea miles sustentaretur: sed etiam apud posteriores, Sueton. Eutrop. Sextum Ruffum, promiscuum eorumdem verborum usum reperias, ut observavit D. Cujac. 7. *obser.* 3. In eo sane aliqua differentia est, quod plerumque stipendium, non tributum, appellamus æs, quod ex tributo militibus solvitur: unde stipendia facere & Petilius Derelais apud Tacit. *l. 4. hist. cap. 74. Neque quies*, inquit, *gentium sine armis, neque arma sine stipendiis, neque stipendia sine tributis haberi queunt.* Verum hoc ad præsentem disputationem non pertinet. Illud verum esse ostendit antiquitas, quod D. Hotoman. hic notat, provincialium alios vectigales fuisse, alios stipendiarios, sive tributarios. Vectigales, qui incertum vectigal solvebant, ut decimam partem frugum: unde Decumani dicti, & eorum ager Decumanus; de quibus multa Cicero 3. *in Verr.* Stipendiarios, qui certum vectigal in pecunia vel etiam in frumento pendebant. Quod & tributum seu stipendium, teste Cicerone 5. *in Verr.* stipendiarium dicebatur. Quamquam vectigalis appellatio latius patuit, easque etiam pecunias comprehendit, quæ vel portorii, vel scripturæ, vel salis, aut vicesimæ nomine exigebantur, de quo in præsentia non quæritur; *l. ult. §. species 8. de publican.* consule Sigon. 1. *de jure civ. Rom.* 16. Freig. *in lib.* 5. Cic. *in Verr.* Goed. *ad leg. inter publica 17. §. 1. & l. si ager. 27. de verb. sign.* VINN. Accuratius hæc omnia exponit V. C. Petr. Burmannus *de vectigalibus Populi Rom.* qui hic omnino conferendus. HEIN.

T E X T U S.

2. Limitatio.

41. *Venditæ vero res & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit; veluti ex promissione aut pignore dato: quod quamquam cavetur lege duodecim tabularum, tamen recte dicitur & jure gentium, id est jure naturali, id effici. Sed si is qui vendidit, fidem emptoris sequutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris fieri.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Cur ex cæteris causis dominium traditione statim transeat, ex causa emptionis non aliter quam si pretium solutum sit &c.*
2. *Satisfacere & solvere, item fidejubere, & expromittere, quomodo differant?*
3. *An præsumatur venditor fidem emptoris secutus ex eo, quod simpliciter rem tradiderit?*
4. *An translationem rerum immobilium quæ jure civili Batavorum desiderentur?*

1. QUod hic traditur, proprium est emptionis. Ex alia causa si quis rem suam sciens tradiderit, statim eam facit accipientis, neque amplius quicquam ad translationem dominii requirimus: in emptione vero & tertium exigitur, ut pretium solutum sit, aut necessitas ejus solvendi in præsentia remissa. Cur vero tam varie? Nimirum quia in cæteris, qui rem suam scientes ex justa causa tradunt, veluti ex causa donationis, dotis, legati, &c. voluntas transferendi manifesta est, in venditore non est, si nihil amplius de voluntate ejus constet; quippe qui ex communi hominum sensu hac lege & conditione potius rem, quam vendidit & tradidit, transferre voluisse censeri debeat, si pecunia sibi soluta sit: hanc enim spectat, & protinus sibi numerari velle videtur, qui rem vendit quam animum habuisse rem suam pure & simpliciter in emptorem transferendi. Constat autem, ejus, quod sub conditione datur aut traditur, dominium in accipientem non statim transire, *l. 8. de reb. cred.*

Vel alio modo ei satisfecerit) Traditur hoc idem

l. quod

l. quod vendidi 19. *de cont. empt. l.* 5. §. *pen. de trib. act. fac. l. ut res* 53. *de cont. empt.* (2) Satisfaciendi verbum generalius est, quam solvendi. Qui solvit, utique & satisfacit: at non omnis satisfactio solutio est. Satisfacit & qui non liberatur, veluti si quis fidejussorem vel pignora det: solutione vero obligatio tollitur. Ait, *ei satisfecerit*; nimirum venditor volenti & fidejussorem vel pignus loco solutionis accipienti: neque enim cogitur creditor admittere satisfactionem vice solutionis, *leg.* 6. §. 1. *quib. mod. pign. l.* 10. *de pign. act.* non magis quam solutionem alterius rei, quam quæ debetur, *leg.* 2. §. 1. *de reb. cred. l.* 16. *& seq. Cod. de solut.*

Expromissore) Hoc nomine etiam fidejussor hic intelligi videtur, ut in *l.* 4. §. 3. *de re jud.* Certum enim est, tam fidejussore quam expromissore dato, rem emptoris fieri, *d. l. ut res* 53. *de cont. empt.* Enim vero cum proprie loquuntur Jurisconsulti, fidejussorem, quem alio nomine adpromissorem vocant, *l. si vero* 64. §. 4. *sol. matr. l. in omnibus* 43. *de solut.* separant ab expromissore, ut *in d. l.* 53. *de contr. empt. l. qui libertinus* 37. §. *ult. de op. lib.* Expromissor is proprie dicitur, qui alienam obligationem novandi animo in se suscipit, *l. ult. de SC. Mac. d. l. qui libertus* 37. §. 4. *de op. lib.* & simpliciter reus appellatur, *l.* 7. §. *servus* 8. *de dol. mal. l. si vero* 64. §. 4. *sol. matr.* nempe quia promissor debitorem liberat, & vice ejus se solum debitorem constituit. Fidejussione autem nulla fit novatio, aut primi debitoris liberatio: sed fidejussoris obligatio, ut pignus accessio est principalis obligationis, §. *fidejussores* 5. *inf. de fidejuss. l.* 1. *in omnibus* 43. *de solut.*

Quamquam cavetur lege 12. *tab.*) Pleraque quæ lege 12. tabularum cauta sunt, rationem civilem habent, formulasque & solemnia spectant, ut liquet ex fragmentis, quæ a viris doctis collecta in manibus studiosorum versantur: non tamen omnia. Nam quod placet, rem venditam non aliter emptoris fieri, quam si pretium venditori solutum sit, aut satis eo nomine factum, id jure & ratione naturali ea quam dixi, efficitur: & tamen id ipsum quoque lege duodecim tabul. cautum. Non recte igitur sic collegeris; id cautum est lege civili; ergo est juris mere positivi, aut, ergo id non efficitur jure gentium sive naturali. VINN. Unde vero est, quod in traditionibus, quæ nexu & mancipio fiebant, adhibenda esset ænea libra, & emptor eam ære percuteret, indeque æs daret ei, a quo mancipia acciperet. Vid. Caji fragmentum apud Boethium in *Comment.* ac Cic. *Top. lib.* 3. Non enim translatum credebatur dominium, nisi satisfactum esset mancipanti. HEIN.

Fidem emptoris secutus fuerit) Id est, fidem emptori de pretio habuerit sine ulla satisfactione, *d. leg.* 19. *de cont. empt.* [Greek, illegible], quod ex circumstantiis æstimandum, veluti si dies solutioni dicta sit, *l.* 3. *C. de fact. int. empt. & vend.* aut si, cum emptor pecuniam ad manum non haberet, venditor dixerit, I, licet: nunc non requiro: postea dabis. Plane si nulla mentio facta sit de pretio postea solvendo, ex eo solo quod venditor rem tradidit, censeri non debet fidem emptori habuisse, ut hic locus & *d. l.* 19. apertissime ostendunt. Adeoque regula illa, quam hic ex communi opinione Schn. tradit; *In dubio qui rem venditam simpliciter emptori tradit, sequi videtur fidem emptoris, nisi contrarium appareat*; convertenda est, & sic concipienda. *In dubio qui rem emptori tradit, non videtur sequi fidem emptoris, nisi emptor contrarium doceat.* (3) Atque ita communiter DD. suo tempore tenuisse refert Jo. Fab. & probant Wesemb. & Bachov. (4) Jure civili Batavorum ad translationem sive alienationem prædiorum, censuum, decimarum, aliarumque rerum immobilium non sufficit eam privatim traditam esse, licet a domino, qui plenam rerum suarum administrationem habet; sed necesse est, ut earum rerum traditio fiat publice & coram judice ejus loci, in quo sitæ sunt. Privatim aut apud alium judicem facta, nullius momenti habetur: exceptis bonis feudalibus, quorum traditio facienda coram domino feudi, ejusve vicario, & paribus curiæ. Hoc enim cum antea quibusdam duntaxat in locis ex consuetudine observaretur, generali lege sancitum est a Carolo V. anno 1529. Ab Ordinibus additum, ut hujusmodi traditiones actis insinuarentur, hoc est, referrentur in litteras publicas: & si ex causa venditionis aut permutationis fierent, quadragesima pretii aut justæ rei æstimationis in usum publicum fisco poneretur, *fac. art.* 7. *Ord. pol.* D. Grot. *lib.* 2. *man. cap.* 5. *& ibi* Groeenvv.

T E X T U S.

3. Ampliatio.

42. *Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem suam, aut voluntate ejus alius, cui ejus rei possessio permissa sit. Qua ratione si cui libera universorum negotiorum administratio permissa fuerit a domino, isque ex iis negotiis rem vendiderit, & tradiderit: facit eam accipientis.*

COMMENTARIUS.

1 *Distinctio, quæ vulgo fit inter procuratorem, cui simpliciter rerum omnium administrationi commissa est: & procuratorem, cum libera, cum loquitur, late improbatur.*

CUM ad dominium traditione transferendum necesse sit, ut dictum est, ut res tradatur a domino, hoc nunc ex Cajo *leg.* 9. §. *nihil autem* 4. *hoc tit.* declarat Imp. atque sic esse accipiendum ait, ut nihil intersit utrum dominus ipse per se rem alicui tradat, an alius voluntate ejus: quippe quod qui per alium facit, dum ei mandat aut jubet, ut faciat, id ipsum facere videatur, *leg.* 5. §. 3. *de adm. tut. l.* 1. §. *dejecisse* 12. *de vi & de vi arm.*

Cui ejus rei possessio permissa est) Hotom. restituit, *cui ejus rei potestas permissa est*; quod quidem sensum habet commodiorem: sed tota hæc adjectio abest a Cajo & Paraphrast. Græco. Unde suspicor, glossema esse, quod in textum reptavit: ob eamque causam etiam a Cujacio hic omissum.

Si cui libera universorum negotiorum) Si nominatim alicui mandatum sit, ut rem tradat, nemo ambigit, quin si mandato perseverante id faciat, dominium ejus rei transferatur in accipientem, *l. solutum* 11. §. *ult. de pign. act. leg. restituta* 37. *in fin. pr. ad SC. Treb. l. fundi* 33. *de acquir. possess.* nec ulla hic exceptio est: quoniam in speciali mandato non potest dubitari de voluntate domini. An autem & mandati generalis hæc vis sit, ut procurator cui universorum bonorum administratio permissa est, possit rem ad administrationem suam pertinentem sine exceptione alienare, aut in

in alium transferre, quæri solet. (1) DD. comm. duo genera ejusmodi procuratorum faciunt, unum eorum, quibus simpliciter rerum omnium administratio commissa est; alterum, quibus commissa est libera: nominatim sc. hoc adjecto, & procuratorem cum libera (sic loquuntur) etiam jus rem alienandi habere contendunt, modo ne id fiat animo donandi; cum autem, cui simpliciter administratio mandata est, nihil alienare posse præter fructus, aut res alias, quæ facile corrumpi possunt. Verum hæc distinctio ut commentitia & Veteribus incognita, a Duar. *ad leg. 1. §. per procuratorem 20. de acq. poss.* Don. 4. *com.* 15. Vaad. 1. *quæst.* 47. & aliis nonnullis doctis viris rejicitur. Et vero si ex mandato æstimandum, quid cuique liceat in re aliena, dicendum omnino videtur, parem esse debere horum procuratorum potestatem; nec quod alteri non licet, id alteri in re dominica licere. Quid enim interest; simpliciter alicui bonorum universorum administratio mandata sit, an mandata adjecto verbo, libera? Non magis hæc differunt, quam hæres simpliciter institutus, & institutus ex asse. Administratio quantumvis simpliciter tradita, nihilominus libera tradita intelligitur: quippe quam libere exercere liceat in rebus omnibus, nec minus libere, quam si specialiter de singulis mandatum esset, excepto si quid generali cujusmodicumque mandato non continetur: qualia sunt donatio, *leg. 7. de donat.* manumissio, *leg. servus 13. de manumiss.* rei dominicæ pro alio obligatio, *leg. 1. 1. §. quæ res pign. dat.* liberatio pignoris aut hypothecæ, *leg. 7. §. 1. quib. mod. pign. solv.* item quævis alia juris domini remissio, *leg. mandato 60. de procur. l. præses 12. C. de transact.* alienatio quoque rerum domini, quam non exigit ratio administrationis: *leg. procurator interum 63. de procur.* junct. *leg. 12. & ult. de cur. fur. leg. procuratorem 16. Cod. de prec. l. 1. §. 1. de off. proc. Cæs.* Hinc cui simpliciter rerum gerendarum provincia demandata est, rem domini in judicium deducit, *leg. 12. de pact.* quod illis tantum licet, qui domini loco habentur, *leg. inter 22. & leg. 27. de adm. tut.* potest exigere & accipere, *leg. 11. de pact. leg. qui hominum 34. §. 3. de solut.* creditoribus solvere, *leg. quolibet 87. eod. tit.* novare, *leg. 21. §. 1. de novat.* potest transigere, pacisci, jusjurandum deferre, *dict. leg. præses 12. Cod. de transact. d. l. 12. de pact. l. jusjurandum 17. §. ult. de jurejur.* modo ea faciat in re dubia & probationibus deficientibus, *arg. leg. tutor. 35. dict. tit. de jurejur.* Potest rem domini pignori dare, si mandatum accepit ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere, *l. 12. de pign. act.* Potest vendere ea, quæ servando servari non possunt, *leg. procurator 63. de procur.* & quatenus negotiorum exigit administratio, etiam alia quædam ob magnam utilitatem alienare, *aug. leg. 2. & leg. de cur. fur.* Non debet plus licere ei, cui libera administratio permissa est: ut enim maxime libera sit administratio, tamen est nihil amplius. Quod igitur de hujusmodi procuratore traditur, posse eum aliud pro alio permutare, *l. procurator 18. de proc.* hoc & in superiore verum est: in utroque autem sic accipiendum, si conditio & ratio administrationis id flagitet. Eodemque modo etiam accipi debet, quod hoc loco & apud Cajum, *d. leg. 9. §. 4. eod.* relatum est, procuratorem cum libera rem ex negotiis sibi commissis vendendo & tradendo facere accipientis. Plane potest mandatum ita concipi, ut post generalem clausulam quædam etiam specialiter exprimantur: quæ alioqui aut non concessa, aut non tam plane concessa intelliguntur, ut in specie *leg. creditor* 60. §. *Lucius* 4. *mand.* Argumentum, quod ab administratione peculii sumptum, ad distinctionem suam probandam DD. afferunt, nullum est, & distinctio administrationis peculii in simplicem, & liberam, ex *l. 10. Cod. quod cum eo qui in al. pot.* ipsa quoque suspecta, confer. *leg. si convenerit 18. §. ult. de pignor. act. l. si quis, 41. §. ultim. de rei vind. leg. pen. §. 3. de divit. & tempor. præsc. leg. 13. in fin. de cond. ind. leg. libera 48. pr. & §. 1. de pecul. leg. ultim. de novat. leg. contra 28. §. 3. de pact. leg. 8. §. an pasciscì 5. quib. mod. pign.* Atque hoc etiam Paulus animadvertit *dict. loc.* qui etiam contendit, plus licere filiofam., aut servo liberam peculii administrationem habentibus in administratione rei peculiaris, quam procuratori universorum bonorum in rebus mandatis, propterea quod peculium est quasi proprium patrimonium servi filiive familias a substantia & rationibus domini patrisve separatum, atque abstractum, *leg. 5. leg. peculium 39. de pecul.* quod longe diversum sit in procuratore. Ad hæc, unam eamdemque servi & domini, unam patris & filii personam videri, *l. 10. de opt. leg. l. ult. in fin. C. de impub. sub.* §. 4. & §. *post mortem* 12. *inf. de inut. stip.* Utcumque sit, certe alienationem ut donent, aut jus aliquando gratuito remittant, vi generalis mandati, non habent, *leg. 3. §. si servum 8. de don. inter vir. & uxor. leg. 1. §. 1. quæ res pign. dat. leg. 7. donat. leg. 3. §. 2. vers. si filiusfam. de SC. Mac. leg. contra juris 28. §. 2. de pact.*

TEXTUS.

De quasi traditione. Si traditio ex alia causa præcesserit.

43. *Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam tibi aliquis commodaverit, aut locaverit, aut apud te deposuerit, postea aut vendiderit tibi, aut donaverit, aut dotis nomine dederit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit; eo tamen ipso, quod patitur tuam esse, statim tibi acquiritur proprietas, perinde ac si eo nomine tibi tradita fuisset.*

NOTÆ.

43. *Perinde ac si eo nomine*) Fictione scil. brevis manus, ut una actio hic occultetur, *l. 3. §. pen. ff. de don. int. vir. & uxor.* Fingitur res ex priore causa restituta, & ex posteriore denuo tradita.

COMMENTARIUS.

Dictum est in explicatione §. *per tradit.* 40. *sup. eod.* dominia rerum transferri non nudis pactis, sed traditione. Nihil autem interesse an vero traditio fiat & naturaliter, an ficte & per repræsentationem. Fictæ traditionis usus in rebus incorporalibus necessarius est; utpote quæ natura traditionem non recipiunt, *l. servus 43. §. 1. hoc tit.* pro traditione autem in his est utendi concessio, *leg. ult. de serv. leg. 3. de usufr.* in aliis rebus propter commoditatem recepta, quo expeditior esset ratio commerciorum. Et in his rebus fingitur traditio intervenire, si ea vel nota sive symbolo aut alia re quapiam repræsentetur, vel res geratur brevi manu de ea, quæ symbolo fit, dicitur §. proximo. Fictione brevis manus traditio fit, cum vel rem meam, quæ apud

apud te sit, ex alia causa tibi vendo aut dono, ad quam speciem pertinent exempla hoc §. proposita ex Cajo *l.* 9. §. *interdum* 5. *eod.* vel cum eum, qui mihi dare volebat, aut debebat, jussero tibi dare, *l.* 3. §. *pen.* & *ult. de don. int. vir.* & *ux.*

Nuda voluntas) Non quæ plane & per se nuda sit, aut præter consensum nihil habeat, quemadmodum cum dicimus, ex pacto nudo actionem non nasci, nudum intelligimus, quod simpliciter nudum est, hoc est, tale, quod præter conventionem nihil causæ habeat ad obligandum eum, qui pactus est: *l.* 7. §. 4. *de pact. l.* 10. *C. eod.* Nam cum ne actio quidem ex hoc genere pacti competat ad dominium adipiscendum, plusquam manifestum est, dominium ex eo transferri non posse. Non etiam quæ nuda sit ab omni traditione: quomodo nuda pacta accipimus, cum traditionibus in genere opponuntur, *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* & pignus nuda conventione contrahi dicitur, quia convenit, ut res pignori sit sine ulla traditione, *l.* 1. *de pign. act.* Sed nuda ex comparatione ejus rei, cui hoc loco opponitur, id est, nuda a vera & naturali traditione, quæ causam transferendi sequatur. Nam si nuda sit ab omni non tantum reali, sed etiam ficta & symbolica traditione, sola voluntas dominium transferre non potest. Eodem sensu quarumdam rerum possessio animo apprehendi dicitur, *l. antep. de acquir. poss.* nimirum oppositive ad actualem & naturalem apprehensionem.

Commodaverit, locaverit, aut apud te deposuerit) Vel etiam pignori tibi dederit, *l.* 9. §. 1. *de Publ. in rem act.* Nec videberis causam possessionis tibi mutare, qui ne possidebas quidem, *l.* 3. §. *sed si* 20. *de acq. poss.* Sed & si rem meam possideas, & eam tibi vendam, aut tibi habere jubeam, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit, *l. si servus* 21. §. 1. *hoc tit. l.* 10. *de donat. leg. si rem* 62. *de evict.* Ad hoc genus fictæ traditionis etiam pertinent species *l.* 3. §. *pen.* & *ult. de don. int. vir.* & *ux.* si id, quod alius mihi dare volebat, jusserim Titio dari: quamvis fictio nonnihil dissimilis, & inter tres personas.

Perinde ac si eo nomine tibi tradita esset) Apparet, hic actum aliquem adsciscí sive fingi, qui pro traditione sit; cum causam transferendi nulla sequatur traditio secundum ordinem naturæ: & ideo in proposito dicitur res pro tradita haberi, *d. l. si rem* 62. *de evict. hoc* §. dominium transferri nuda voluntate. Fictio talis est: creditur res tibi commodata aut apud te deposita, domino, cui eam postea tibi vendidit aut donavit, restituta, atque ab eo mox ea causa tibi tradita. Quod a Consultis ideo excogitatum est, quia hoc modo celerius & sine inutili circuitu ad finem propositum perveniatur, *d. l.* 3. §. *pen. de don. int. vir.* & *ux.* Unde in simili: si debitorem meum jusserit tibi dare, fingitur brevi manu acceptum a me, & tibi datum, ut una actio hic occultetur, *d. l.* 3. §. *pen.* & *ult. cl. licet* 43. §. 1. *de jur. dot.* Eadem fictio intervenit & in iis, quæ singulariter circa pecuniam creditam recepta esse scribit Ulp. *l. singularia* 15. *de reb. cred.* sive res geratur inter tres personas, veluti si Titium pecuniam, quam mihi debebat, jusserim Sejo mutuo dare; sive inter duas, puta si convenerit, ut pecuniam, quam tu mihi ex mandati causa debes, crediti nomine retineas, in utraque enim hac specie fingitur mihi data pecunia, & a me ad te aut ad Sejum profecto: quamquam Africanus stricti juris retinentior fictionem istam non videtur admittere in specie posteriore, vid. *l. qui negotia* 34. *mand.* ejusque Interpretem Cujac. 8. *ad African.* Sunt tamen, qui putant, absentiam debitoris impedire fictionem brevis manus, quasi factum fingi non possit jure, nisi & per rerum naturam fieri poterit, *per leg. falsus* 43. §. 1. *de furt.* & ideo Ulpiani sententiam admittendam censet, si debitor præsens sit & paratus pecuniam numerare: Africani, in debitore absente, aut qui pecuniam ad manum non habeat: quippe diserte Africanum loqui de eo, qui epistolam misit ad creditorem, ac proinde de eo, qui abest. D. Don. *in dict. leg. singularia* 15. *de reb. cred. num.* 21. & *seqq.* Utut sit, hoc jure non utimur, ut absentia hujusmodi fictiones non impediat. Plura diximus *lib.* 1. *select. quæst. cap.* 40.

TEXTUS.

De traditione clavium.

44. *Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.*

NOTÆ.

44. *Tradiderit emptori*) Apud horreum, *d. l.* 74. *in re præsenti, d. l.* 1. §. *pen. ff. de acq. possess.*

COMMENTARIUS.

HOC §. agitur de eo genere fictæ traditionis, quæ nota aliqua aut symbolo veram repræsentat, cujus una species proponitur, si mercibus certo loco conclusis, quas dominus mihi traditas velit, claves ejus loci mihi tradantur, ex *dict. l. qua ratione* 9. §. *item si* 6. *hoc tit.* Sunt autem hujus generis & aliæ species, veluti traditio instrumenti, quo tradito res ipsa, de qua alienanda in eo agitur, tradita & translata intelligitur, *l.* 1. *Cod. de don.* Trabium & tignorum obsignatio pro eorum traditione valet, *leg. quod si,* 14. §. 1. *de per.* & *comm. rei vind.* Item custodis appositio, si res non facile loco moveri possint propter magnitudinem ponderis, *leg. antepen. de acquir. possess.* Potest & sine nota actus aliquis traditionem repræsentare; nam si in re præsenti & aperta dominus eam se mihi tradere dicat, ego sim hoc animo, ut velim possidere; hic placuit me possessionem nancisci oculis & affectu, perindeque hoc haberi, ac si pedem finibus intulissem, corpore ac manu rem apprehendissem, *l.* 1. §. *penult. leg. quod meo* 18. §. 2. *de acquir. possess.*

Simul atque claves horrei tradiderit) Clavibus horrei aut cellæ traditis, etsi merces inclusæ (frumentum, vinum) oculis & sensibus non subjiciantur, earum tamen rerum possessio & dominium nobis acquiritur, haud secus ac si res ipsæ conditæ nobis traditæ essent, *dict. leg. qua ratione.* 9. §. *item si* 6. *dict. leg.* 1. §. *pen. leg. clavibus,* 74. *de contr. empt.* Cæterum hoc ita, si claves traditæ sint apud ipsum locum: in quo res conditæ sunt, *dict. leg. clavibus* 74. Nam & symbolica traditio esse debet, ut per eam res potestati nostræ statim subjiciatur: quod non fit, si alibi claves tradantur: & ideo recte hoc expressit Theoph. καὶ παρὰ τῷ ὁρρίῳ.

TEXTUS.

De Missilibus.

45. Hoc amplius interdum & in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem; ut ecce, Praetores & Consules, cum Missilia jactant in vulgus, ignorant quid eorum quisque sit excepturus; & tamen quia volunt, quod quisque acceperit, ejus esse, statim eum dominum efficiunt.

COMMENTARIUS.

ET si regulariter in translatione dominii non minus personam accipientis quam tradentis certa esse debet, ut affectus ab utraque parte contrahentium concurrat, *l. in omnibus, 55. de obl. & act.* evenit tamen interdum, ut dominium per traditionem transeat in personam accipientis incertam, veluti cum Missilia jactantur aut sparguntur in vulgus; quod exemplum hoc loco proponitur, *& l. 9. §. penult. eod.* etenim qui pecunias suas ita spargit aut projicit; in nullius certae personae destinationem fertur, & plane ignorat, quis quid earum rerum sit accepturus. Utique tamen quia palam est, velle eum quod quisque ex sparso apprehenderit id sibi habere; aequissimum est & naturali rationi consentaneum, ratam haberi domini voluntatem, *arg. §. per traditionem 40. supr. eod.* Poterat videri, quod ita sparsum est pro derelicto habitum, & ideo apprehendenti cedere jure occupationis rerum nullius. Sed magis est, ut ex voluntate domini traditum sibi accepisse dicamus: cum in eum finem pecunia sparsa sit, ut statim apprehenderetur, & quantum apprehensum esset, fieret apprehendentis, quo animo non est is, qui rem pro derelicto habet. VINN. Immo certissimum est Missilia nostra fieri non per traditionem, sed per occupationem; quia qui illa spargit, eorum dominio vero sese abdicat, antequam quis ea apprehenderit. Quorum dominio nos abdicavimus, ea sunt derelicta. Res pro derelictis habitae cedunt occupanti. Nec ratio Vinnii aliud suadet. Omnes enim res pro derelictis habitae eo fine adjiciuntur, ut apprehendantur, & quantum quisque apprehenderit, fiat adprehendentis. Quo animo esse derelinquentem, cur neget auctor noster, equidem non video. HEIN.

Praetores & Consules) Desunt haec apud Cajum, & vix est, ut reperias, Magistratus populi Romani, Consules, aut Praetores Missilia sparsisse. Principes id factitasse legimus apud Sueton. *in August. cap. 98. in Caligul. cap. 18. in Neron. c. 11.* Ut Consules sparserint, e Graecorum consuetudine fluxisse videtur: quam Marcianus non sine causa sustulit, *l. 2. C. de consul. & non sparg. pec. l. 12.* revocavit ad certum modum Justinianus. *Nov. 105. cap. 2. §. 1.* qua constitutione permittitur volentibus Consulibus Missilia spargere, & muneribus honorare anno, & in septem processionibus; nec aurum populo populum, dum ne id saepius faciant, quam septies inspargant, quod soli datur imperio. Hoc constitutum iterum abrogatur a Leone, ususque Missilium Consulibus in totum interdicitur, *Nov. Leon. 94.*

TEXTUS.

De habitis pro derelicto.

46. Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id in numero rerum suarum esse nolit: ideoque statim dominus ejus esse desinit.

COMMENTARIUS.

1. *Quae requirantur, ut res pro derelicto habita censeatur?*
2. *Pro derelicto habita statim nostra esse desinere: alterius autem non fieri, nisi possessio eorum apprehensa fuerit.*

(1) RES pro derelicto habita statim nostra esse desinit & nullius fit, ideoque secundum jus de rebus nullius occupanti conceditur. Pertinet igitur hic modus acquirendi ad inventionem, ut supra quoque monuimus *§. item lapilli 18. eod.* Ad traditionem referri non potest ut species superior: quia qui rem pro derelicto habet, quamvis intelligatur voluisse eam ejus fieri, qui primus eam sustulerit aut occupaverit, *leg. 5. §. 1. pro derel.* non tamen ea mente eam abjicit aut deserit, nec laborat ut alius eam accipiat, quod facit is, qui pecuniam spargit. Sparsio species donationis est & liberalitas, qua, qui spargit, populum demereri studet: abjectione autem aut desertione hoc saltem agitur, ut ne res amplius in bonis sit.

(2) *Quod dominus ea mente abjecerit*) Duo exigit haec definitio ut res pro derelicto habita censeatur; primum ut quis rem suam amplius suam esse nolit: tum ut quam non vult amplius suam esse, eam abjiciat aut deserat; alterutrum si desit, dominium non amittitur. Fac ergo rem a domino abjici, aut deseri: non ea tamen mente, ut eam a se amoveat, aut amplius suam esse nolit; nihil hic amittitur, *§. sequent.* Fac e converso nolle amplius suam esse; nisi eam abjiciat, aut si immobilis est, ab ea discedat hoc animo, ut eam amplius habere nolit, dominus esse non desinit: in quo dominium differt a possessione, quae solo animo amittitur, *leg. si quis 17. §. 1. de acquir. possess.*

Ideoque statim dominus esse desinit) Res pro derelicto habita statim ut abjecta aut deserta est, nostra esse desinit: quia iisdem modis res desinunt esse nostrae, quibus nostrae fiunt, *l. 1. pro derel.* Unde recte a Juliano notatur Proculus, qui putabat dominium rei pro derelicto habitae tunc demum a nobis abire, cum ab alio occupata esset, *l. 2. §. 1. dict. tit.* Sic enim fieret, ut si quis eam rem furandi animo abstulisset, furtum commisisse intelligeretur, quod est absurdum, *leg. falsus 43. §. 5. de furt.* Quod si dominus non sit, a quo res derelicta est, non fit statim occupantis, sed poterit qui occupavit eam usucapere, *leg. 4. pro derel.* Illud constat, pro derelicto habita, ut caetera quae nullius sunt, non acquiri ei, qui primus ea videre coepit & notare oculis, sed qui primus possessionem eorum nactus sit. Sic Acanthos Insula deserta adjudicata fuit Chalcidensibus, qui priores intraverant, non Andriis, qui priores jaculum immiserant, Plutarch. *quaest. Graec. 29.* Quoniam possessionis initium est corporis ad corpus adjunctio: qua-

qualis circa res mobiles maxime fit manibus; circa res soli pedibus, D. Grot. *mar. lib. cap.* 2. Sunt qui pro derelicto habita fisco nunc adscribenda tradunt, D. Cypr. Regn. *cens. Belg. hic* post Zypæum *notit. jur. Belg. tit. de jur. fisc.* quibus non assentior per ea, quæ nos *ad* §. 39. *sup. eodem* & Groenev. *de leg. abreg. ibid.*

TEXTUS.

De jactis in mare levandæ navis causa. Item de his, quæ de rheda currente cadunt.

47. *Alia sane causa est earum rerum, quæ in tempestate levandæ navis causa ejiciuntur; hæc enim dominorum permanent: quia palam est, eas non eo animo ejici, quod quis eas habere nolit, sed quo magis cum ipsa navi maris periculum effugiat. Qua de causa, si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longe videntur discedere ab his, quæ de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt.*

NOTÆ.

47. *Furtum committit*) Hujus loci interpretem habes Ulp. *d. l.* 43. §. *pen.* & §. 4. *cum aliquot seqq. ff. de furt.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ levandæ navis gratia ejiciuntur, non eo animo abjici videri, quod quis ea habere nolit.*
2 *Eum qui alienum quid in via jacens, lucri faciendi causa tollit; furti obstringi, licet ignoret cujus sit.*
3 *Quid si nemo rem inventam post proclamationem repetat?*
4 *An premium indicii honeste peti possit?*
5 *Quid circa res ejectas aut naufragio perditas hodiernis moribus obtineat?*

EX iis, quæ præcedenti §. dicta sunt, intelligi potuit, pro derelicto habendum non esse, quod dominus non ideo abjecit, quia amplius suum esse non vult, sed alia mente: ac proinde id ejus, qui abjecit manere, nec fieri apprehendentis. In hoc §. declaratur exemplo rerum in tempestate levandæ navis causa ejectarum.

Non est animo ejici, quod quis habere nolit) (1) Qui oborta tempestate levandæ navis gratia res aliquas projiciunt, non hanc mentem habent, ut eas pro derelicto habeant; quippe si invenerint, ablaturos, & si suspicati fuerint, in quem locum ejectæ sunt, requisituros: sed ut levata nave maris periculum effugiant. Perinde igitur hoc est, ac si quis onere pressus in via rem abjecerit, mox cum aliis reversurus ut eam auferat, *l.* 8. *ad leg. Rhod.* quam ob causam res ita jactas dominorum permanere, recte hic concludit Justinianus cum Cajo in *l.* 9. §. *ult. hoc tit.* & Paulo *leg.* 2. *in fin. ad leg. Rhod.* fac. *l. si quis merces* 7. *pro derel. l. interdum* 21. §. *de acquir. poss. l. quæcumque* 58. *hoc tit.* Cum his tamen Ulpianum committit Hotomannus, existimans, eum a cæteris omnibus dissensisse, ac putasse, jactum fieri animo derelinquendi; aut saltem credendum esse, plerumque eo animo fieri, & quasi periturum sit, quod jactatur: sic enim scribit in *l. falsus creditor* 43. §. *pen. de furt.* Respondet Wesembecius, Ulpianum eo loco de jactu spontaneo loqui, de eo videlicet, qui simpliciter nec urgente ulla necessitate res aliquas in mare projicit: nunc in hac actione mere voluntaria credibile esse pro derelicto velle habere id, quod videtur ut periturum jactare. Quam responsionem, licet eam ut ineptam explodat Bachovius, locus ipse non parum juvat; nam ex fine *dict.* §. *penult.* manifestum est, Ulpianum distinxisse inter id, quod simpliciter & non simpliciter jactatum sit.

Cum ipsa navi maris periculum effugiat) Mercator numquam mercium suarum jacturam faceret, nisi speraret majus se malum hoc pacto declinaturum, mortem nimirum. Facit igitur hoc ἑκὼν ἀέκοντί γε θυμῷ, ut hæc actio mixta sit ex spontaneo & invito. Invita est, si causam spectes, quæ extrinsecus impellit, ut jactura fiat: spontanea, si causam proximam & principium internum, consilium mortis evitandæ. Quin etiam plus voluntarii quam inviti hujusmodi actiones habent: nisi enim voluntate consentiente fierent, in exequendo ministerium non præberent membra corporis. Consule *Arist.* 3. *eth.* 1.

Lucrandi animo) Secus est, si hoc animo, ut rem salvam faceret & restitueret domino, aut si putans, simpliciter sive sponte jactatam, sive pro derelicto habitam, *d. l. falsus creditor* 43. §. *pen.* & §: *sed si* 6. *de furt.* Bene hoc intellexit Damones in Rudente Plautina, qui vidulum a servo suo in mari repertum alienum esse judicat, non suum, *act.* 4. *scen.* 2.

(2) *Quæ de rheda currente cadunt*) Comparantur res in tempestate ejectæ cum his, quæ iter facientibus decidunt de curru, aut quæ imprudentibus excidunt in vias, quas certum est dominorum permanere; eumque qui alienum quid jacens in via lucri faciendi causa tollit, furti obstringi in tantum, ut nihil intersit, sciverit, aut ignoraverit, cujus essent: nihil enim ad furtum minuendum facit, quod cujus sit ignoret, *d. leg. falsus* 43. §. *qui alienum* 4. quippe cum omnes scire debeant, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere, *leg. ult. C. unde vi.* At si non ut lucretur sustulit, sed redditurus ei, cujus id esse postea apparuerit, furti non tenetur. Proinde si nescit cujus sit, recte probeque faciet, si libellum proponat continentem, invenisse se, & redditurum ei, qui suum id esse demonstraverit: hoc enim facto palam ostendet, se non tulisse eam rem animo furandi; *dict. l. falsum* 43. §. *sed si* 7. & *seq.* (3) Quid ergo, si post hujusmodi libellum propositum, aut (sicubi consuetudo) post insinuationem præconis voce factam, nemo sese offerat, qui rem inventam ut suam repetat? Poterit inventor, si pauper est, eam sibi ceu munere Dei collatam retinere: sin dives est, bene & pie fecerit, si in usus & alimoniam pauperum eam convertat, ita Bart. *ad dict. leg. falsus* 43. §. *qui alienum* 4. Fab. Cantiunc. Scheneid. *hic.* (Canonistæ cum Theologis dicerent, non tantum bene & pie, sed ex justitiæ & conscientiæ debito faciendum.) Qui hoc obiter etiam tractant, an is, qui rem alienam invenit & indicavit, si nihil impensæ ejus gratia fecit, præmium indicii honeste petere possit. (4) Et ajunt, non posse; quamvis ultro oblatum honeste accipiatur, quod etiam satis aperte significat Ulp. *dict. l. falsus* 43. §. *quid ergo* 9. ubi pro eo, quod in vulgaris editionibus omnibus, atque in ipso etiam Pisano codice legitur; *Quid ergo si, εὕρετρα, quæ dicunt, petat, &c.* Budæus ex vestigiis exilibus antiqui exemplaris, ut ipse ait, restituit, *Quid ergo si ea quæ dicunt Græci μήνυτρα, petat,* sed nulla necessitate: nam & φώρια non

non minus Græcum est, quam μήνυτρον, atque ut hoc præmium indicii, ita illud præmium inventionis significat. Illud non ambigitur, posse, si res nondum reperta est, ejus perquirendæ nomine & peti honeste indicium & accipi, *fac lex. 5. §. si tibi 4. de cond. ob turp. cap.* (5) Hac eadem in causa sunt etiam bona naufragorum, & peculiaris etiam pœna in eos, qui quid eorum in litus expulsum surripuerunt, nova lege constituta est publicatio omnium bonorum, *auth. navigia C. de furt.* quæ desumpta est ex constitutionibus Friderici Secundi *de statutis & consuetudinib. contra Ecclesiæ libertatem editis tollendis, coll. 10.* De rebus in tempestate ejectis, aut naufragio perditis, inque litore inventis, aut extractis e mari, idem in hac regione antiquitus jus fuit, quod nunc Principum sæcularium fere omnium maris accolarum commune est, fisco statim ut vindicarentur; adeoque ipsa etiam fragmenta & tabulas quassatarum scopulisque illisarum Navium. Cæterum aucta navigatione, inque dies magis magisque increscente; visum est, placitumque Ordinibus hujus Provinciæ, ut suas cuique res ruptas deperditasque repere liceat, modo id faciat intra annum & sex septimanas, impensæque refundantur, quæ forte factæ sunt ab harum rerum susceptoribus. Hoc tempore elapso publicantur, & fisco acquisitæ esse intelliguntur, *Placit. Van de zeedriften, Phil. 2.* qui tamen facile patitur eas redimi, Grot. 2. *manud.* 4. Graviter in præcipitem illam publicationem rerum ad litus ejectarum, *lib. 1. de reipub. cap. 10.* invehitur Bodinus: *Barbarum id quidem*, inquit, *& antiquis inusitatum: ut cujus opes ac fortunæ naufragio misere perierint, & quem nostris opibus sublevare debeamus, ejus reliquias, quas ad litus ejectas bona fide restitui oportebat, turpe dividi patiamur. Sic tamen*, inquit, *vivitur, uti qui portus habent, eam crudelitatem tum in cives, tum in peregrinos exæquantur. Jus quærit? Error jus facit; at si non peccatur errore, sed scientia, scelus est, quod erroris specie prætenditur.* Mera sane injuria est, nulla probabili causa præcedente suum alicui auferre: atque ob id antiquis semper religiosum fuit, bona naufragorum fisco addicere. Extat constitutio Constantini in *C. Justin. tit. de naufrag. lib. 11.* in hæc verba: *Si quando naufragio navis expulsa fuerit ad litus, vel si quando aliquam terram attigerit, ad dominos pertineat; fiscus meus sese non interponat. Quid enim jus habet fiscus in aliena calamitate, ut de re tam luctuosa commodum sectetur?* Bene Euripides in *Helena*.

Ναυαγὸς ἥκω ξένος, ἄσυλον γένος.

Dion Prusæensis orat. 5. de naufragio locutus.

Μὴ γάρ εἴη ποτέ, ὦ Ζεῦ, κατ' ἄλλων κερδᾶναι ἀτυχίας... Potest etiam huc accommodari locus Cassiodori *lib. 4. var. 7.* ubi sic scribit: *Crudelitatis genus est, ultra naufragium velle desævire, & illos ad dispendia cogere, quibus inopem vitam probantur inhumania elementa dedisse*, add. *auth. navigia C. de furt.* Gail. *obs.* 18. Gudelin. *lib. 5. de jur. nov. cap.* 10. Christin. *vol.* 5. *dec.* 64. Grot. *de jur. bell. & pac. lib. 2. cap. 7. in princ.* Groenev. *de legib. abrog. ad l. 1. C. de naufrag. & ibi alleg.* Mornac. *ad l. 2. in fin. leg. 4. §. 1. l. 9. & ibid. not. nostras ad* Pet. Peck. *de L. Rhod.* Doctiss. Salmasius *cap. 5. de mod. usur.* putat, non Constantinum, sed Antoninum auctorem esse memoratæ constitutionis sub *tit. Cod. Just. de naufrag.* id stylum ostendere, & veteres libros testari: nec relatam esse sub eod. tit. in Cod. Theodosianum, quod & D. Contius antea observavit. Et autem constitutione Antoninum abrogasse legem Rhodiam, qua parte naufragia fisci esse, & ad publicanos pertinere sanxerat, τὰ ναυάγια τῶν τελωνῶν εἶναι, atque esse, hanc constitutionem posteriorem rescripto ejusdem Antonini, quod extat *in leg. ἀξίωσις 9. de leg. Rhod.* quo naufragos ad legem Rhodiam remisit. Ostendit etiam, rescriptum istud multis modis corruptum esse, & in d. constitutione pro *Vel si quando reliquam terram attigerint*, ut omnes libri scripti habent, legendum, *Vel si quando reliquam terram attigerint*. Nec dubium, quin *l. in dict. ἀξίωσις 9. de leg. Rhod.* pro ὑπὸ τῶν δημοσίων, ex ejusdem Salmasii sententia, quam & Grotius probat, reponendum sit, ὑπὸ τῶν δημοσιωνῶν id est τελωνῶν, a publicanis.

TITULUS SECUNDUS.

DE REBUS CORPORALIBUS, ET INCORPORALIBUS.

Continuatio.

QUÆ de acquirendo jure gentium dominio dicta sunt titulo præcedenti, ea pertinent dumtaxat ad acquisitionem rerum corporalium. Sunt autem & res quædam incorporales, quæ & ipsæ in patrimonio sunt, & suis quoque modis, prout earum fert natura, tum jure gentium, tum civili singulis acquiruntur. Non est igitur principalis divisio, quæ hoc titulo proponitur, sed subdivisio quædam rerum privatarum, sive earum quæ in bonis aut patrimonio sunt. Cajus hanc principali continenter subjecit, *l. 1. §. 1. de rer. div.* unde huc transtulit Justinianus.

TEXTUS.

Secunda rerum divisio.

Quædam præterea res corporales sunt, quædam incorporales. Corporales hæ sunt, quæ sui natura tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, & denique aliæ res innumerabiles. Incorporales autem sunt, quæ tangi non possunt, qualia sunt ea, quæ in jure consistunt, sicut hæreditas, usufructus, usus, & obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quod in hæreditate res corporales continentur: nam & fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt: & id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum jus hæreditatis, & ipsum jus utendi, fruendi, & ipsum jus obligationis incorporale est. Eodem numero sunt & jura prædiorum urbanorum & rusticorum, quæ etiam servitutes vocantur.

NOTÆ.

Quædam præterea) Totus hic titulus descriptus est ex Cajo *l. 1. §. 1. ff. de rer. div.*

Pecunia) Hic aperte pecunia inter res corporales numeratur: & apud Cajum *dict. l. 1.* & nihil tutius est, quam nummos æque ac cætera corpora vindicari posse, *l. 14. de reb. cred. §. ultim. infr. quibus ad lic.* Opponuntur interdum corpori, *leg. 46. ff. de cond. ind. leg. 5. princ. imp. in rem dot. leg. ultim. de adim. leg.* at tunc non omnes

omne corpus simpliciter, sed certum intelligi debet, *l. 68. ff. ad SC. Treb. l. 10. ff. de accep.* & in quo præter corpus nihil consideratur.

Ipsum jus hæreditatis) Cujus *ipsum jus successionis*,) a quo & hæreditas definitur successio in universum jus, quod defunctus habuit, *l. 24. de verb. sign.* sed hæc improprie. Nam succedere non hæreditatis est, sed hæredis. Hæreditas autem est res acquisitioni subjecta, & quæ hæredi per successionem acquiritur. Jus vero dicitur, quia universitatem denotat, patrimonium defuncti cum oneribus; non res singulas seorsim, *l. 119. d. tit.* Hæc plena præ iis, quæ alii.

COMMENTARIUS.

1. *Inter res corporales etiam nummos recte numerari.*
2. *Ea, quæ in jure consistere dicuntur, non esse mera entia rationis.*
3. *Quo sensu hæreditas, ususfructus, obligatio, jura dicantur, & rebus ipsis opponantur?*
4. *Hæreditatem proprie neque successionem esse, neque jus succedendi, neque rem, ad quam succedit, sed jus, quod per successionem acquiritur.*
5. *Jura prædiorum quo respectu servitutes dicantur?*

SUI *natura tangi possunt*) Hoc est, quæ sub tactum cadunt, quas, si præsentes sint, corpore & manu apprehendere, cæterisque sensibus percipere possumus. Ait autem, hujusmodi res esse fundum, hominem, &c. fundum, puta Tusculanum, hominem, Stichum: res, nimirum singulares & substantias primas. Nam secundæ substantiæ sive universalia a sensibus remota sunt. Arist. *1. analyt. cap. 31.* Utrum autem universalia sint merum opus intellectus & figmenta phantasiæ, an quid reale essentiam habens, & revera subsistens in rebus singulis; Philosophorum disputatio est. VINN. Sunt hæc vere Stoica. Quum enim hi Philosophi sensus omnes reducerent ad tactum; corpus definiebant, *quod tangi possit*. Sen. *Epist. 106. Idem corpora sola esse*, adfirmabant: corporales res non *esse*, sed *intelligi*. Cicer. *Top. cap. 5.* Illa *res* vocabant, has *jura*. Quintilian. *Inst. V. 10.* Et inde facile patet, cur Paulus servitutes nec in bonis, nec extra bona esse dicat. HEIN.

(1) *Aurum, argentum*) Non tantum rude, sed etiam signatum, nummi aerei aut argentei, licet contra disputet Div. Hotomannus *illustr. quæst. 15.* Nam oppositum est in opposito, sive contradictio in adjecto, si quis dicat argentum signatum corpus non esse. Spectatur quidem in pecunia maxime valor publicus, *leg. de cont. empt.* & respectu hujus valoris nummus nonnumquam opponitur iis rebus, in quibus præter corpus nihil consideratur, ut in *leg. quis hæredis 46. de cond. ind.* Cæterum qui nummos & pecuniam negant aliud esse, aut significare quam valorem & quantitatem ipsius, illi vehementer falluntur. Utique enim & materialiter pecunia considerari potest, cum materia pecuniæ, argentum, aurum, fundamentum sit valoris; de quo belle & docte Salmasius *lib. de usur. pag. 455.* Et corpora etiam in pecunia cogitari posse, non quantitatem dumtaxat, testis est Papinian. *leg. si is 49. §. 1. de solut.* Quin Justinianus hoc ipso tit. & Cajus *leg. 1. de rer. div.* expresse pecuniam inter res corporales numerant. Denique quid notius est, quam nummos æque ac cætera corpora vindicari posse? Nihil me movet, quod apud Pomponium, *leg. si pœnæ 19. §. 2. de cond. ind.* legitur. Si falso existimes me debere nummos solvere, qui partim alieni, partim mei fuerint, ejus summæ partem dimidiam, non corporum, me condicere. Nam & si frumentum meum cum alieno commixtum, cui non debebam, per errorem solvissem, responderet Jurisconsultus, non dimidiam partem corporum, sed quantitatis condicendum: neque tamen ex eo quisquam colligeret, frumentum rem esse incorporalem, sed habet hoc hanc rationem, quia confusim corpora mea & aliena solvi, non ut certa species, sed existimans me debere certam quantitatem. Quid quod eo ipso quod ait, *me non condicere partem corporum*: fatetur corpora esse? Nil etiam quod Ulpian. *leg. 5. in princ. de imp. in res dot.* scribit, diminutionem dotis per impensas necessarias fieri ipso jure, ubi non sunt corpora, sed pecunia. Neque enim corpora pecuniæ opponit ut non corpori, sed eadem ratione, qua eodem loco corpora opponit corpori æstimato; quod utique nemo dixerit rem esse incorporalem, & nimirum, ut res quæ in specie restituendæ sunt, iis rebus opponuntur, quæ in genere functionem recipiunt. Constat enim, pecuniam esse rem fungibilem, cujusmodi res eodem jure ac obligatione in dotem dantur, qualis est in mutuo, ut scilicet soluto quandoque matrimonio, maritus non eadem corpora quæ accepit reddat, sed tantundem, *l. res in dotem 42. de reg. jur. dot.* Idem respondendum ad *l. ult. de adim. leg.* Alibi cautius summa aut numerata pecunia non simpliciter corpori, sed certo corpori opponitur, *l. si hæres 68. princ. ad SC. Treb. l. 10. de accept.*

Qualia sunt, quæ in jure consistunt) Res omnes, quæ tangi aut demonstrari non possunt, sed animo tantum cerni atque intelligi, incorporales quidem sunt; verum non omnium earum rerum consideratio Jurisconsulti propria est. Nam & Angeli spiritus, & Animæ res sunt incorporeæ. Illa quoque a Cicerone in *Topic.* enumerantur, usucapio, tutela, gens, agnatio: quamvis harum rerum tractatio ad Jurisconsultum pertineat, non sunt tamen hujus loci, in quo de iis rebus agitur, quæ acquiri possunt, & patrimonium nostrum augent. Usucapio autem non est res, quæ acquiritur, sed causa & modus acquirendi, uti & gens & agnatio: gente enim & agnatione hæreditas obvenit. Tutela onus est & munus publicum. Quid est ergo, quod ait, *quæ in jure consistunt? Jus est*, inquit Wesemb. *intellectus seu recta ratio. Quæ igitur in jure consistunt, ut alia omnia, quæ sunt rationis ea tantum intelliguntur*, inquit, *non sunt*. (2) Ita loquitur Wesembec. quasi existimet, ea, quæ in jure consistere dicuntur, esse mera entia rationis & irrationalia dumtaxat; quomodo & D. Tuningius, qui ea dicit esse notiones & intelligentias, quas Platonici *Ideas* vocant: neque aliud judicium Donelli fuit *lib. 5. com. 1.* Sed quæso, quid tam absurdum est quam dicere, hæreditatem, bonorum possessionem, usumfructum, servitutes prædiorum, pignus, obligationes, actiones, figmenta esse intellectus, natura nihil esse? Amabo te, si tibi luculenta hæreditas relicta sit, aut opulenti patrimonii ususfructus, somniumve esse putabis phantasiæ, aut ideam Platonicam? quamquam sunt ἀψηλάφητα, καὶ ἀμεταχείριστα. Sic autem habendum est, res hujusmodi in jure consistere dici, & his corpora opponi: non quia revera & natura non sint, aut extra considerationem juris non subsistant, sed quia a jure quodammodo existentiam suam, hoc est certam ac defi-

definitam formam acceperunt: quippe jus civile harum rerum naturam quasi pro arbitrio formare potest: cujusmodi potestatem in rebus corporalibus non habet. Atque hoc sensu accipiendum quod Fab. & Ang. tradunt, ea dici in jure consistere, quæ a jure substantiantur, creantur, & nominantur. Habent enim utique & veram suam essentiam, suntque omnino entia realia, sicut & quævis alia accidentia. Ita propemodum & D. Bachovius.

Sicut hæreditas, ususfructus, usus, & obligationes) Hæc omnia hactenus quidem recte conjunguntur, quatenus jura sunt, sive res incorporales. Cæterum dissimilis harum rerum ratio est quatenus rebus ipsis opponuntur; ut mox ostendemus. (3) Hæreditas universitatem bonorum significat, in quæ hæres succedit, & quia appellatione sua universum bona omnia & jura defuncti, etiam quibus iste aliis teuebatur, comprehendit, hac consideratione non inepte jus dicitur, *leg. hæred.* 119. *l. pecunia* 178. §. 1. *l. bonorum* 208. *de verb. signif.* Unde Papinian *leg. hæreditas* 50. *de hær. pet. hæreditas*, inquit, *etiam sine ullo corpore juris intellectum habet.* add. *l.* 3. *de bon. poss.* Obligatio quatenus a parte debitoris consideratur, jus non est, sed vinculum juris, quo ille adstringitur ad dandum aliquid aut faciendum, *infr. de obl. in princ.* A parte autem creditoris, qui debitorem ita adstrictum habet, non male jus dicitur, quod ex contractu acquiratur, & numeretur in bonis. Etenim jus illud non est jus in re, sed tantum ad rem, tribuens creditori actionem in personam dumtaxat, non rei vindicationem, & ideo tractatio de obligationibus, earumque acquirendarum modis, non est hujus loci, in quo Justiniano propositum est docere, quibus modis acquirantur jura in rem dominio non absimilia; sicut ipse aperte significat in §. *ultim. de us.* & *hab.* & de obligationibus demum tractare incipit *titul.* 14. *leg.* 3. In usu & usufructu, quatenus uterque ut jam constitutus & acquisitus consideratur, plus est. Sunt enim hæc jura in re, quæ usurario & fructuario pariunt actionem confessoriam, quæ in rem est, §. 2. *infr. de act.* De horum constitutione & acquisitione agitur tit. 4. & 5. *hujus libri*.

Nam ipsum jus hæreditatis, &c.) Nemo est, qui non intelligat, usumfructum non esse idem, quod sunt ipsi fructus, cum sit jus fruendi, id est, percipiendi fructum rei. Obligationes quoque nemo tam functus est, qui non videat aliud esse quam res in obligationem deductas. Quis enim putet, rem, quæ veniit, obligationem esse? At quo pacto hæreditas a rebus singulis hæreditatis secernatur, non usque adeo obvium. Quod & Justinianus ait, ipsum jus hæreditatis incorporale esse Cajus *l.* 2. §. 1. *de rer. div.* dixit, ipsum jus successionis tale esse: & Africanus *leg. bonorum* 28. *de verb. signific.* hæreditatis appellatione jus successionis, non singulares res demonstrari. (4) Quid ergo? estne hæreditas jus successionis? Si figurate id accipias pro eo jure, quod per successionem acquiritur, non acquiri potest; concedo esse. Si proprie: nego. Quid enim aliud est jus successionis, quam jus succedendi? At jus succedendi ex testamento, aut lege est, idque hæres habet priusquam hæreditatem adeat: hæreditatem autem non ante habet, quam eam adierit, *leg. delat.* 151. *de verb. signific.* §. *ultim. de hær. qual. tot. titul. de acquir. hær.* Jus succedendi decedens intra annum transmittit ad hæredes suos; hæreditatem vero non transmittit, *l. cum in antiquioribus* 19. *Cod. de jur. del.* Aliud igitur est jus successionis, aliud hæreditas. Sed estne hæreditas ipsa successio? Sane a nostris definitur successio in universum jus; quod defunctus habuit, *leg. nihil* 24. *de verbor. signific. leg. hæreditas* 62. *de regul. jur.* Verum & hoc improprie dici de hæreditate ferendum est; non enim ipsa hæreditas, sed susceptio hæreditatis successio est; quippe succedere non hæreditatis, sed hæredis est; unde hæres passim universi juris successor appellatur. Ad eumdem modum bonorum possessio definitur jus persequendi patrimonii, *l.* 3. §. 2. *de bon. poss.* nec tamen ipsa ad jus est, sed agnita id tribuit bonorum possessori. Hoc ita esse, cum per se liquidum est, tum confirmatur ex eo, quod de bonorum possessione, quæ effectu nihil aliud est, quam hæreditas, Ulpian. *dict. leg.* 3. *in princ.* scribit, bona accipienda, esse universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui, suscipiturque ejus rei commodum & incommodum. In jus demortui succedit, & commodum, atque incommodum suscepit non hæreditas, aut bonorum possessio, sed hæres, aut bonorum possessor. Atque, ut verbo dicam, hæreditas ut res cæteræ objectum est acquisitionis, & res, de qua acquirenda agitur; successio modus, per quem illa acquiritur; jus succedendi, jus, quo delata acquiri & obtineri potest. Quamobrem nec Theophilus recte hæreditatem definit esse jus, quod alieni patrimonii me universalem dominum efficit; non enim hæreditas id efficit, sed successio, sive hæreditatis agnitio. Immo alienum istud patrimonium nihil aliud est simul sumptum, quam ipsa hæreditas. Nec Hotomannus jure carpit M. Tullium Ciceronem, quasi non satis intelligenter, nec ad subtilitatem juris civilis accommodate hæreditatem definierit, *pecuniam, quæ morte alicujus ad aliquem pervenit jure, nec ea aut legata testamento, aut possessione retenta, sint*, cum hæreditas, ut Hotomannus, *non pecunia sit, sed jus acquirendæ pecuniæ, sive jus succedendi*. Quanto enim intelligatur & subtilius Cicero quam Hotomannus, liquet ex iis, quæ jam dicta sunt. Neque pecuniæ verbum, quod pro genere Cicero posuit, quemdam offendere debet, cum etiam nostri testantur, pecuniæ appellatione res omnes & tam jura, quam corpora contineri, *leg. pecuniæ* 22. *de verb. signific.* Augustin. *de discip. Christi cap.* 6. Totum quicquid homines possident in terra pecunia vocatur, servus sit, vel ager, arbor, pecus, quicquid horum est, pecunia dicitur, ut apud Græcos χρήματα, Olympiodor. *in Phædon. Plat.* ἀλλ' ἐκφαντὶν, ὅτι χρήματα καλεῖ ὁ Πλάτων πάντα χρήματα. Displicet etiam nunc mihi D. Donelli opinio, quam aliquando secutus sum, *l.* 6. *comm.* 2. hæreditatem esse contendit rem ipsam, quæ succedit in universum jus defuncti; propterea quod hæreditas jacens in quibusdam fingitur vicem personæ defuncti & domini sustinere, *l. hæreditas* 34. & *l. hæreditas* 61. *de acquir. rer. dom.* Nam illa consideratione hæreditas non magis res dici potest, quæ quidem subjecta sit acquisitioni, quam defunctus ipse, cujus personam repræsentare fingitur. Res ipsa loquitur, hæreditatem nihil aliud esse quam patrimonium cujusque defuncti cum oneribus, *Eens Overledens boedel.* ut tribus verbis definit D. Grot 2. *manuduct.* 11. ita tamen, ut appellatione sua universitatem demonstret, omniaque defuncti bona, jura & onera simul comprehendat, non res singulas seorsim, *l. bonorum* 208. *de verb. sign.* Atque hoc sensu jus dici, corporibus, quæ in hæreditate sunt, opponi arbitror.

(5) *Eodem numero sunt & jura prædiorum*) Servitutes

res prædiorum, etiamsi corporibus accedant, incorporales tamen sunt; quippe jus prædii non pars prædii est, sed qualitas, *l. 14. de serv. l. 4. in princ. si serv. vind. l. quod aliud 86. de verb. sign.* Quod autem ait, jura prædiorum etiam servitutes vocari, non sic intelligi oportet, quasi eadem prorsus sint jura & servitutes: nam servitus proprie non jus, sed juris privatio, & imminutio est, *l. 5. §. & belle 9. de op. nov. nunt.* verum quod relata inter se sint, & illa vim habeant agendi, hæ patiendi significationem. In eo igitur, cui debetur, eundi puta facultas, jus dicitur; in eo, qui debet, servitus est, & juris imminutio. In illo servitus active, in hoc passive. VINN. Sunt itaque servitutes omnino jura prædiorum, puta dominantium, quia prædium prædio servit. Sed non omnia jura prædiorum sunt servitutes, quia & plura alia sunt prædiorum jura, ut bonitas, salubritas, amplitudo, *l. 86. de verb. sign.* item jus venandi, coquendi cerevisiam, aliaque quæ nullam vicinio prædio patiendi vel non faciendi necessitatem imponunt. HEIN.

TITULUS TERTIUS.

DE SERVITUTIBUS RUSTICORUM ET URBANORUM PRÆDIORUM.

Dig. Lib. 8. Tit. 1. & 2. C. Lib. 3. Tit. 34.

1. *Servitutis, qualem hic intelligimus, definitio ejusque explicatio.*
2. *Species servitutis. Quid sit servitus prædii? quid ea requirat? de quo tamen latius, num. 4.*
3. *Omnes servitutes prædiorum perpetuam causam habere debere, & quid veteres per causam perpetuam intelligant?*

SErvitutis & libertatis nomina etiam rebus inanimatis & brutis tribuuntur, sed per translationem, & longe alio significatu, quam cum personæ servire dicuntur in disputatione de statu hominum. Illic suo quæque domino persona servit: libera est, quæ dominum non habet: at res servire dicuntur, non quæ domino suo serviunt, sed quæ domino suo non omnia officia præstare possunt, verum quædam præstare coguntur alteri, non domino: liberæ esse, quæ uni & soli domino omnia præstant: quo facit *leg. qui uti 90. de verb. signific.* Etenim quod ex re sua præcepit dominus, id ei res ipsa ultra præstare videtur, libereque id facere, & cum quadam velut propensione voluntatis, quasi natura ita facta, ut id velit. Cum autem pati cogitur, ut quædam commoda alius percipiat, jam servire videtur, quasi amissa priore facultate, quæ ei pro libertate affingebatur. Vitiosa igitur plane est divisio, qua servitus distribuitur in tres species: in mere personalem, mere realem, & mixtam. Nam mere personalis, quæ hominum est & sola proprie servitus una cum reliquis, quæ tantum ἀναλόγως, id sunt quod dicuntur, eidem generi ut species ejusdem subjici non potest. (1) Igitur servitus, qualem hic intelligimus, est jus in re aliena alteri constitutum, quo dominus, quod huic alteri commodum sit, aliquid aut pati in suo, aut in suo non facere cogitur. Dicimus, servitutem esse jus, habita scilicet relatione ad eum, cui constituta est: & video in omnibus suis speciebus ita eam a nostris definire, in itinere, actu, via, aquæductu, *hoc tit. in pr. & l. 1. de serv. præd. rust.* in servitutibus Prædiorum urbanorum. *§. seq. & l. 2. de serv. præd. urb.* in usufructu, *pr. tit. sequent. & l. 1. de usufr.* Per se autem servitus, & respectu ejus, a quo debetur, non jus est, sed juris privatio aut imminutio, *leg. 5. §. 1. & belle 9. de op. nov. nunt.* Ajo, esse jus, quo dominus aliquid pati in suo; aut in suo non facere cogitur, ex natura omnium servitutum, *leg. quoties 15. §. 1. de serv.* Pati in suo, puta re sua utentem, fruentem, per fundum suum euntem, agentem, aquamve ducentem, tignum in ædes suas immittentem. Non facere, veluti altius non ædificare, in suo non ponere, quod luminibus ædium nostrarum, aut prospectui officiat, &c. Plane enim ita servitus constitui non potest, ut quis aliquid cogatur facere in suo puta viridario, aut arbores prospectus nostri causa tollere, aut in suo pingere, quo amœniorem nobis prospectum præstet, *dict. leg. 15. §. 1.* obligatio hæc erit, non servitus constituta & ideo prædio alienato, non sequetur actio novum possessorem, ut fit ubi servitus constituta est, *leg. cum fundo 36. de serv. præd. rust. leg. neque 16. quib. mod. usfq. am.* sed in eum, qui id facere promisit, hæredemque ejus actio in personam dabitur, *leg. actionem 25. de oblig. & act.* in id scilicet, quod interest, si non fiat quod promissum est: ut accidit in omni obligatione faciendi, *leg. 13. in fin. de re jud. leg. stipulationes 72. de verb. oblig. §. ultim. eodem.* Una servitus oneris ferendi a natura reliquarum nonnihil degenerat, de qua dicemus §. 1. *infr. hoc tit.* Quod adjeci de commodo, id finem servitutis respicit: neque enim ulla est servitus, quæ non commodi nostri causa constituatur, aut certe alicujus amœnitatis, *dict. leg. 15. in princ. de serv. leg. 3. de acquir. cont. & act.* Non autem præcise requiritur, ut præsens sit utilitas, sed sufficit, natura tale jus esse, ut aliquando usui esse possit: quo modo cum Dn. Duareno accipienda *leg. penult. de serv.* (2) Porro species harum servitutum duæ sunt: quædam enim sunt rerum, sive prædiorum, quibus in usu juris generis fere nomen simpliciter tribuitur: quædam personarum. Sic autem distinguuntur non a re, quæ servitutem debet, sed ab ea re cui debetur. Prædiorum igitur sunt, quæ debentur prædiis; personarum, quæ personis, *l. 1. de serv. leg. si mihi 20. §. ultim. de serv. prædior. rust. leg. si quis 32. de usufr.* De servitutibus prædiorum agitur hoc titul. de personalibus tit. proximo, & seq. Servitus prædii est, quæ prædio alieno imponitur ad vicini prædii utilitatem. Duo igitur hic prædia sint necesse est, quorum unius causa servitus constituatur, alteri imponatur, unum dominetur, alterum serviat, *leg. 1. §. 1. com. præd. §. 1. inf. hoc tit.* Requirimus in his prædiis vicinitatem; neque in rusticis tantum, quod D. Vultejus facit, & Jann. Superior *ad leg. 3. de serv.* verum etiam in urbanis, *leg. 5. §. 1. de serv. præd. rust. leg. si ædes 38. & leg. sequent. de serv. præd. urb.* Etenim vicinitatem non ex prædiorum conjunctione aut confinio, sed ex communitate utendi metimur, ut intermedium prædium aut locus officiat, si non impediat liberum usum servitutis, *leg. 7. §. ultim. leg. ultim. de serv. rust. præd. leg. 7. §. 1. com. præd. leg. 1. de serv. præd. urb. leg. 4. §. ultim. si serv. vind. leg. servitutes 14. §. ultim. de serv. leg. si prius 17. §. 3. de acquir. plur. arc.* Duar. *ad dict. leg. 14. §. ultim.* Don. 11. comm.

 Cæpoll.

Cæpoll. 18. *de serv. urb. præd. num.* 2. (3) Omnes vero servitutes prædiorum, ut veteres definiunt, perpetuam causam habere deberent, *l. foramen* 28. *de serv. præd. urb.* Perpetuum illis est, quodcumque ex naturali causa oritur, etsi non sit assiduum, ut ecce aqua pluvia ex naturali causa oritur, etsi non assidue pluit, *d. l.* 28. quod enim naturaliter fit, perpetuum videtur, licet non fiat assidue, ut defectio Lunæ) Arist. 1. *post* 8. Sed & quod ex facto nostro oritur, perpetuum habetur, si ex causa prædium aut pars prædii parata est, ut fumi remissio, *l.* 8. *Arist.* 5. *si serv. vind.* Causam servitutis vocant id, cujus aut arcendi a nostro, aut in nostro habendi gratia servitus constituta est, verbi gratia, in stillicidio & aquæductu causa, ob quam hæ servitutes comparatæ sunt, est aqua: illic, ut ab ædibus nostris avertatur, hic, ut aqua ducatur, & in nostro habeatur, *d. l.* 28. *l.* 1. §. 4. *de font.* Interpretes vulgo dum distinguunt inter servitutes continuas & discontinuas, causam confundunt cum possessione. Facile autem ex superiore definitione colligere est, servitutem prædii non intelligi, quæ constituta est in prædio quidem alieno, (4) sed ei qui prædium non habet, aut qui non habet vicinum, *l.* 5. §. 1. *de serv. præd. rust. leg. Mela* 14. §. *ultim. de alim. leg.* aut etiam ei, qui habet vicinum, si non sit constituta juris prædii causa, & revera prædio utilis, *l. si ædes* 38. *de serv. præd. urb. l.* 6. *in princ.* & §. 1. *de serv. præd. rust.* eoque pertinet quod scribit Paul. *l.* 8. *de serv. Ut pomum decerpere liceat, ut spatiari, & cœnare in alieno possimus*, servitutem imponi non posse: nimirum quia hoc jus prædii nostri causa non constituitur, nec prædii nostri causam meliorem facit. Si quis igitur in suo tale faciendi jus alteri concesserit, id personarum servitutibus adscribendum. Inde quoque est, quod servitus prædii non intelligatur, si in constituendo persona demonstrata sit, cui soli ea præstetur, licet ad utilitatem quoque prædii constituta sit, *l.* 4. *de serv. præd. rust.* Ita nonnumquam ex accidenti fit, ut natura servitutis aleretur, add. Coras. ad *d. l.* 8. Don. 9. *com.* 21. Wes. *parat. de serv. præd. rust. num.* 3. Porro autem ut prædia, vel rustica sunt, vel urbana, ita quoque servitutes, quæ iis inhærent, vel rusticæ sunt, vel urbanæ. Prædia rustica sunt loca ædificiis vacua, in urbe area, ruri ager, *leg. fundi* 211. *de verb. sign.* non enim loco, sed materia & genere distinguuntur, ut postea plenius intelligetur.

TEXTUS.

De servitutibus rusticis.

Rusticorum prædiorum jura sunt hæc: iter, actus, via, aquæductus. Iter est jus eundi, ambulandi, hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum. Actus est jus agendi jumentum, vel vehiculum. Itaque qui habet iter, actum non habet: sed qui actum habet, & iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento. Via, est jus eundi & agendi & ambulandi, hominis: nam iter & actum via in se continet. Aquæductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum.

NOTÆ.

Ambulandi) Ire & transire, sive per alienum prædium in suum recta pergere: ambulare, animi gratia spatiari in secessibus, eamdemque viam ire & redire: quod tamen hic non ut jus aliquod principale consideratur, sed ut illius juris accessio, & ita non obstat *l.* 8. *ff. de serv.*

Non etiam jumentum) Jumento vehi potest, jumentum, ἀχθοφόρον κτῆνος, agere non potest.

Etiam sine jumento) Ex tacita voluntate & sententia constituentis, *arg. l.* 21. *de reg. jur.* secus, si contra expresse convenerit, *l.* 4. §. §. 15. *si serv. vind.*

Via in se continet) ἀναλόγως ut totum partes, *arg. l.* 13. §. 1. *ff. de except.* Itaque via per se intelligi non potest sine jure eundi, &c. *l.* 13. *ff. de servit.* nihilque mutandum in definitione viæ, qua una præcedens utraque recte comprehensa est. De differentiis actus & viæ, v. Cujac. 22. *obs.* 35. *l.* 7. *l.* 8. *l.* 12. §. 1. *de ser. præd. rust.*

COMMENTARIUS.

1. *Eum, qui iter habet, rheda vehi non posse contra Cæpollam.*
2. *An spatiari voluptatis aut valetudinis causa, vel equum manu ducere gestandi gratia paratum?*
3. *Ei, qui actum habet, licere & armenta agere, nec tamen ideo pro jumentum reponendum armentum.*
4. *In definitione actus male D. Hotomannum pro vel vehiculum reponere, non etiam vehiculum.*
5. *An actui insit & iter sine jumento?*
6. *In definitione viæ nihil mutandum; & quid inter viam, & actum intersit?*
7. *De aquæductu quædam observatu digna.*

SErvitutes rusticorum prædiorum sunt, quæ prædiis rusticis inhærent. Sunt autem longe plures, quam hic numerantur. D. Donellus 1. *com.* 6. doctrinæ causa ad tria genera eas revocat; nam ut eleganter, & erudite ostendit, aut eo pertinent, ut per alienum fundum ad nostrum perveniatur, eove quid accedat; aut ut quid ex vicino sumere liceat, quod ad usum prædii nostri aut pecorum, quæ prædii causa habentur, transferatur: aut ut prædium nostrum onere, quo intus premitur, exoneretur. Ad primum genus pertinent quatuor illæ, quas explicat Justinianus post Ulp. *l.* 1. *de serv. præd. rust.* secundi generis exempla sunt in §. 2. *infr.* & *d. l.* 1. §. *eod.* tertii, *l.* 3. §. 1. & 2. *eod.* item exemplum, quod proponitur *l. is qui* 29. *eod.* ut aquam aperto sulco educere in fundum vicini liceat. Singula fusius explicat Don. *d. c.* 6. & 2. *seq.*

Iter est, jus eundi ambulandi) Jure eundi continetur & qui lectica aut sella, item qui equo vehitur, *leg.* 7. *l.* 12. *eod.* parum enim referre visum est: suis pedibus quis utatur in eundo, an alienis. (1) Quod autem Cæpolla *de serv. rust. præd. cap.* 1. *n.* 4. & 5. putat, eum qui iter habet, etiam rheda aut curru per duos æquos vehi posse, modo rebus aliis rheda non oneretur, vereor ut defendi possit. Non enim par ratio est lecticæ, quæ a lecticariis gestatur, & currus, quem jumenta trahunt. Jumenta cum curru agere non est ire, nec ejus, qui iter habet, actum aut viam. Moribus nostris tres diversæ servitutes sunt, *voetpadt*, *typadt*, *dreef*, id est, actus.

Ambulandi) Id est commeandi ultro citroque, eundi ad fundum nostrum & inde redeundi, quoties lubet. An igitur & spatiandi voluptatis aut valetudinis causa? Ita quidem D. Cujac. 22. *obs.* 35. Baro *hic* Donn. 11. *comm.* 6. (2) Atqui ut spatiari liceat in alieno animi causa, prædii servitus imponi non potest; hoc enim personæ voluptatem respicit, non utilitatem prædii, *l.* 8. *de serv.* unde D. Hotomannus verbo ambulandi nihil aliud

aliud hic significari existimat, quam commeationem oo res prædio, iisve quibus illic morari necesse est, utiles aut necessarias. Puto tamen dici posse, ambulationem istam hic non considerari, ut jus aliquod principale & per se, sed ut illius accessionem. Glossa verbum *Ire* refert ad eum, qui vadit solus, *Ambulare* ad eum, qui it cum socio, quod & Cæpolla facit *dict. cap. 1. num. 2.* & sequitur Schneid. *hic num. 11.* Sed si, quod uni concessum est, ad plures porrigimus, gravior fiet servitus: qua ratione Glossam improbat Porcius hic; quamquam sane is, qui iter habet, cum alio ire prohibendus non est, si comitatus alterius spectat ad utilitatem solius prædii, cui iter debetur, ut bene D. Busius ad *l.1. de serv. præd. rust.* VINN. Eodem modo hic junguntur, *ire ambulare*, quo alias *uti frui*, *do lego*, *nexus mancipium*, *sarta tecta*, *rupta cæsa*, *usus auctoritas*. Non hæc synonyma, sed plerumque jungitur minori majus, uti exemplo *usus fructus* præclare docuit V. C. Ger. Noodt. *de Usufr. l.1.* *Ire* est porro & ulterius pergere, & fere ad negotia persequenda, ambulare & animi, & nullius negotii causa spatiis factis in eadem vestigia reflectere. Auson. Pompa *de Differ. verb. lib. 1. p. m. 30.* Sensus itaque est, non necessitate finiri servitutem itineris, sed semper ire posse dominum prædii dominantis, sive id negotii caussa faciat; sive voluptatis. Solius tamen voluptatis caussa sibi stipulari jus ambulandi, omnino repugnaret fini servitutum, *l.8. de serv.* HEIN.

Hominis) Atqui diximus, eum qui iter habet, etiam jumento ire posse. Nimirum etiam in eo spectamus homines, qui ministerio jumenti ineundo utuntur, ut causam principalem, non ipsum jumentum per se. Quod quæras, cur hominis hic mentio fiat, cum iter prædii servitus sit, non personæ: respondebimus, ut hinc removeantur pecora, quæ ipsa cum aguntur, ire dicuntur: deinde non designari hic quamlibet personam, sed qui prædium habeat, cujus nomine eat. Nam hæ servitutes non ideo prædiorum dicuntur, quia personæ non competunt, sed comparatione facta ad jura mere personalia, quia non alii competunt, quam qui prædium habet.

Non etiam jumentum agendi) Ita & Ulpian. *l.1. h.t.* & Paul. *l.7. eod.* Hoc autem haud dubie accipiendum est de jumentis, quæ sarcinas portantia aguntur, aut ducuntur. Nam si quis pede ire mallens, in itinere descendat de equo, eumque manu ducat, cur id ei non liceat? aut cur per famulum non possit equus deduci ad dominum, ut rediturus eum conscendat, & eques remeet? *arg. l. 12. eod.*

(3) *Actus est jus agendi jumentum vel vehiculum*) *d. l.1. eod.* Jumenti appellatione non contineri boves, identidem relatum & responsum est, *l. ædiles 38. §. jumentorum 4. & 2. seq. de edict. l. legatis 65. §. antepen. de legat. 3. l. boves 189. de verb. signific.* Paul. *3. sentent. 6.* Columna quoque boves a jumentis, equis, asinis, mulis, passim segregat, ut *lib. 1. cap. 6. lib. 6. cap. 19.* An igitur ei, qui actum habet, non licebit boves agere, & generaliter armenta? Sane vero. Diserte enim a Modestino scriptum est, actum esse, *ubi armenta trajicere liceat*, *leg. 12. de serv. præd. rust.* Armentorum autem appellatione vel maxime boves continentur, *dict. leg. boves 89. de verb. sign. leg. servis legatis 81. §. armento 3. de leg. 3.* Nec tamen ideo necesse est, ut cum Hotomanno pro *jumentum* reponamus *armentum* contra fidem omnium exemplarium. Nam vel [illegible] jumenti vox hic accipi potest, ut & boves com[illegible]tatur, cum & Isidorus boves inter jumenta referat, *lib. 12. cap. 1.* & ipse Columella etiam his ex ratione originis nomen jumenti tribuere videatur, sic enim scribit, *l. 6. cap. 3. Jumenta nomen a re traxerunt, quod nostrum laborem vel onera subvectando vel arando juvarent.* Jumentum igitur [illegible]. Quid si dicamus, exempli duntaxat causa jumenti mentionem factam? Ut enim reponas *armentum*, aut retineas *jumentum*, non continebitur verbis definitionis actus ovium, caprarum, & reliquorum minorum pecorum, quibus proprie gregis, non armenti aut jumenti appellatio convenit, *dict. l. 81. §. armento 4. de legat. 3. d. l. 38. §. 4. de æd. edict. l. 1. §. ultim. de rei vind.*

(4) *Vel vehiculum*) Hic iterum Hotomannus contendit legendum esse, *non etiam vehiculum*. Sed profecto nimis confidenter: non enim hoc tantum loco, verum etiam infinitis aliis jus agendi vehiculum actu contineri a veteribus traditum est, *dict. l. 1. l. 7. l. 12. eod. l. 11. quemad. serv. am.* idemque manifeste colligitur ex *l. 13. §. 1. de accept.* Nam si non actus, sed viæ proprium esset vehiculum agere, non debuit Jurisconsultus liberare eum, qui viam promisit, *si stipulator viæ iter & actum tantum accepto tulerit.* At quo argumento convellere conatur, quod tam constanter traditur? Nimirum quia alioqui nulla futura sit inter actum & viam differentia. Sed hoc falsum esse ostendemus in explicatione definitionis viæ. Nihil Hotomannum juvat, quod scribit Pompon. *leg. 13. de serv.* Si via concessa sit tam angusti loci demonstratione facta, ut jumentum duntaxat duci possit, non etiam vehiculum, actum magis, quam viam, acquisitum videri. Non enim ut via semper & natura sua utrumque jus continet, & jumenti agendi & ducendi vehiculum, ita & actus, sed aliquando illud duntaxat, non hoc, puta si vel expresse convenerit, ut actus esset sine jure agendi vehiculum, vel tacite idem actum est, ut in specie *dict. l. 13. de serv.* Atque hoc satis ostendunt verba ipsa hujus definitionis, quibus actui non utrumque conjunctim, sed hoc vel illud disjunctim tribuitur. Itaque & Græci minus plene actum vertunt [illegible], VINN. Rem expedivisse videtur Illustris Corn. van. Bynkershoek *Obs. IV. 7.* ubi docet, intelligi vehiculum quod agi solet, vel propelli, vel manu trahi, id est, currum thesaurilem. Quod & spatium quatuor pedum postulat, quibus circumscriptum fuisse actum docet Varro *de L. L. IV. 4.* HEIN.

Uti potest etiam sine jumento) Traditur hoc idem & in *d. l.1. eod. l.2. quemad. serv. am.* & verissimum esse docet, *l. qui usumfructum 58. & verb. oblig* (5) Ubi Julianus refert, eum, qui actum stipulatus postea iter stipulatur, posteriore stipulatione nihil agere, sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur. Quod & apud Ulpianum relatum est *l. 9. §. ultim. de novat.* Falso, si actus tacite non contineret etiam jus eundi sine jumento, sive iter separatum. Neque tamen hoc ita accipimus, quale iter separatum sit de essentia ipsius actus, & sine eo actus consistere aut constitui non possit, sed hoc dicimus, & actu constituto regulariter, & ex tacita voluntate & sententia constituentis, etiam iter sine jumento concessum intelligi, *arg. l. non debet 21. l. in eo 110. de reg. jur. cap. cui licent eod. in 6.* Atque ideo jus agendi duntaxat, non etiam eundi, ambulandi, in definitione actus exprimitur. Ad hæc, si actus essentialiter etiam iter contineret, quo utimur sine ju-

jumento, nullius momenti esset conventio, ut actus sit sine itinere, contra *l.* 4. §. 1. *si serv. vind.* Non obstat, quod apud Paulum legimus, actu legato iter frustra adimi, *l.* 1. *de adm. l.* Nam ratio subjecta non obscure arguit loqui Jurisconsultum de itinere; quo necessario utimur in ipso actu, cum jumentum aut vehiculum agimus. Ait enim, ideo iter frustra adimi, quia numquam actus sine itinere esse potest. Sed nec iter viri potuit ea ademptione detractum, quod sine jumento est, quia per se non est legatum; atque ita actus potius in natura sua, & qualis regulariter est, relictus. Plane si testator nominatim hoc iter ademerit, hoc est, expresse vetuerit ire sine jumento; nullus dubitat, quin utilis sit ademptio, *arg. dict. l.* 4. §. 1. *si serv. vind.* Et est in proposito eadem fere ratio itineris & actus, quae usus & ususfructus; nam etsi fructui usus inest, & ideo legato ususfructu, usus ademptio nulla, *leg.* 14. §. 1. *de us. & hab.* nihil tamen vetat usum a fructu expresse separari, *l.* 5. §. 1. *usufr. quem cav.* Hic jam liquet, quid de judicio & usu Ant. Fabri sentiendum, *qui l.* 1. *conj. cap. ultim.* verba haec, *eoque uti potest*, *etiam sine jumento*, tot locis expressa, damnare non veretur, ut emblema imperiti interpretis. Conf. Don. 11. *comm.* 6. Duar. 1. *disp.* 31. Bachov. *hic & in* Treut. *vol.* 1. *disp.* [illegible] 4.

Via est jus eundi, agendi, ambulandi) Via, ut mox subjicitur, iter & actum in se continet, hoc est, ex itinere & actu essentialiter via constituitur, *arg. l.* 13. §. 1. *de accept. l.* 9. *si serv. vind.* ac proinde quicquid est in definitionibus itineris & actus, id una definitione viae debuit comprehendi, quod & curiose ab Ulpian. *l.* 1. *de serv. praed. rust.* & Justinian. hic observatum est. Mirorque adeo viros doctissimos, Connan. 4. *comm.* 11. & Don. 11. *comm.* 6. pro verbo *eundi* reponentes *vehundi*, motos tantum vocis definitae etymologia, quam Varro 4. *de ling.* a *vehendo* deducit, (6) & analogia praecedentium definitionum: nam sic bis idem diceretur, cum verbum agendi etiam vectionem contineat, *l.* 4. §. 1. *de serv.* Quid igitur amplius est in via quam in actu? Primum hoc quod via etiam iter in se [illegible] contineat, ita ut sine jure eundi per se via intelligi aut constitui non possit: in quo specifice differt ab actu, qui potest esse sine itinere separato. Deinde etiam hoc, quod via nunquam esse potest sine jure ducendi vehiculum, actus potest, *l.* 13. *de serv.* Item quod qui viam habet, vel iter & actum separatim, vel utrumque simul iter & actum, vel uno verbo viam vindicare potest: qui vero actum habet, non potest neque iter separatim, neque iter & actum conjunctim, sed solummodo actum vindicare. Cujac. 22. *obs.* 35. *fac. l.* 11. §. 6. *de except. rei judic.* Sunt & aliae quaedam differentiae, sed minus principales: nam qui viam habet, etiam lapides & tigna trahere, & rectam hastam ferre, modo ne fructus laedat, potest, quod ei, qui actum habet, non licere plerique existimaverunt, *leg.* 7. *de serv. praed. rust.* & potest etiam sine his via constitui; Illud omnino ex accidenti est, quod actus & via aliquando differant latitudine, vid. *l.* 8. *l.* 13. §. 2. *eod.* add. D. Bus. *ad l.* 1. *eod.* Tuld. *comm. hic* 11. VINN. Nihil verius, quam in definitione viae pro *eundi* legendum esse *vehundi*. Alias nullum esset inter viam & actum discrimen. Vide sis Viri Summi, Corn. a Bynker. *Obs.* 4. 7. HEIN.

Aquaeductus est jus aquae ducendae per fundum alienum) *l. dict.* 1. *eod.* Id fieri solet vel canalibus, sive tubis, aut ducto rivo per longitudinem depresso, quo aqua decurrat, *l.* 1. §. 2. *de riv.* Ducitur autem aqua aut publica aut privata. Publicam ducere, puta ex flumine publico, cuique licet: nisi Imperator aut Senatus vetent, aut aqua sit in usu publico, puta si flumen sit navigabile, vel ex eo aliud navigabile fiat, *leg.* 2. *de flum. l.* 10. §. *ultim. de aqua pluv. arc.* aut si periculum sit, ne exarescat, quamvis navigabile non sit, *d. l.* 1. §. *non autem* 12. *de flum.* Sed neque ex castello, vel ex rivo, vel ex aliquo alio loco, qui aquam publicam suscipit, ducere fas est sine permissu Principis, *leg.* 1. §. *permittitur* 41. & 2. *sequent. de aqua quotid.* In concedendo autem jure ducendi aquam privatam, sive fontis, sive fluminis, sive putealem, non tantum eorum, quorum in loco aqua oritur, verum eorum etiam, ad quos ejus aquae usus pertinet, voluntas exquirenda est, id est, eorum quibus servitus aquae debetur: quippe cum hic agatur de jure eorum minuendo, quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari, *leg.* 8. *de aq. pluv. arc.* junct. *l. ultim. Cod. de aed. priv.* Illud hic generaliter tenendum, neminem posse aquam aut publicam aut privatam per fundum alienum in suum ducere, cui non sit haec servitus constituta a domino illius fundi, *leg. quemadmodum* 29. §. 1. *ad leg. Aquil. l.* 2. *Cod. de serv.* neminem quoque posse ex suo aquaeductu alteri commodare, nisi id nominatim convenerit, *leg. ex meo* 24. *l. cum essent* 31. §. 1. *de serv. praed. rust.* Item jus hoc ad certum usum praedii concedi oportere: nam si concessum sit ita, ut aqua quocumque duci possit; non fundi, sed personae jus erit, *leg. pen. eod. l.* 1. §. *praeterea* 11. *de aq. quot.* Denique concedi posse ductum aquae non tantum praesentis & fluentis, sed etiam quaerendae & nondum inventae, *l. Labeo* 10. *eod. hoc tit. l. ult. si serv. vind.* add. Wes. *par. h. t. num.* 2. Pet. Greg. 4. *syntagm.* 13. Tuld. *commen. sup. de rer. div. cap.* 11. fuse Caepoll. *de serv. rust. cap.* 4. Christin. *vol.* 5. *decis.* 83.

T E X T U S.

De servitutibus urbanis.

1. *Praediorum urbanorum servitutes sunt hae, quae aedificiis inhaerent, ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia urbana praedia appellamus, etsi in villa aedificata sunt. Item urbanorum praediorum servitutes sunt hae, ut vicinus onera vicini sustineat; ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere; ut stillicidium, vel flumen recipiat quis in aedes suas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat; & ne altius quis tollat aedes suas, ne luminibus vicini officiat.*

N O T Æ.

1. *Item urbanorum*) Ex Cajo *l.* 2. *P. V.* ubi & aliae add. *l.* 1. *l.* 3. 4. 15. 16. *eod.*

Onera vicini) Veluti si columna aedium tuarum onus aedium mearum ferat; & hic tu, cujus aedes serviunt columnam reficere debes, *l.* 33. *dict. tit. l.* 6. §. 2. *si serv. vind.* qua parte servitus haec spuria, *leg.* 15. §. 2. *de servit.*

Vel non recipiat) Aut meo jure stillicidium non recipio, aut Jure servitutis: meo jure, si non lege civitatis cuique permissum obversa in alienum stillicidia habere: jure servitutis, si jure publico cuique permissum stillicidia

sua

sua in alienum avertere. Ita mêlius quam Cujac. & Pac. Quid differant stillicidium & flumen, disce ex *l.* 20. §. 3. *& seq. de serv. urb.* Varr. *lib.* 4. *de lingua cap.* 5.

COMMENTARIUS.

1. *Verum non esse, quod quidam tradunt, sola ædificia habitandi causa parata urbanorum prædiorum numero censeri.*
2. *Prædia eorumque jura, si non simpliciter, sed cum effectu juris considerentur, numquam loco distingui, sed genere, usu, fine.*
3. *Quid intersit inter servitutem tigni immittendi & oneris ferendi? item inter jus projiciendi, & protegendi?*
4. *Quid stillicidium, quid flumen?*
5. *De servitutibus stillicidiorum & fluminum, tum avertendorum, tum non avertendorum.*
6. *An jus altius tollendi sit aliquando servitus per se?*
7. *Confutatur late sententia Bachovii contendentis, jus altius tollendi & non tollendi esse unam eamdemque servitutem.*
8. *Plus esse in servitute ne luminibus officiatur, quam vel in altius non tollendi, vel luminum.*
9. *Cujcii & Duareni opinio de servitute luminum refellitur.*

HOc §. agitur de servitutum prædialium specie altera, prædiorum scilicet urbanorum; & ait Imp. eas esse, quæ ædificiis inhærent, atque inde sic dictas, quia omnia ædificia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sunt: quod & alibi sæpe traditum, *l.* 1. *com. præd. l. urbana familia* 166. *l. urbana prædia* 198. *de verbor. signific.* Nimirum, ut superius obiter monuimus, distinctio hæc prædiorum non a loco sumitur, sed a materia vel genere prædii, *dict. l.* (1) Sunt qui a fine sumptam putant, & ea sola ædificia prædiorum urbanorum numero esse, quæ parata sunt habitandi causa: horrea autem, quæ ruri ædificantur ad fructus rep[illegible]ndos & custodiendos, magis esse ut prædia rustica censeantur, Cæpoll. *de serv. urb. cap.* 11. *num.* 2. Mynf. VVes. Vult. *hic* Broch. 1. *obs.* 95. Sed hoc recte, meo judicio, quod ad propositam tractationem attinet, improbat Bachovius. Fac enim, alterum ex dominis, qui vicina aut contigua horrea habeant, alteri, cui forte ad grana a paleis repurganda flatu venti opus sit, ut fieri potest, *leg. ultim.* §. 1. *Cod. de servit.* cessisse servitutem altius non tollendi, aut jus alteri constituisse tigni immittendi in parietem horrei sui. Hæ servitutes utique urbanæ dicendæ sunt, non rusticæ. Quid enim interest, horreum an aliud ædificium altius non extollatur? In constituendo, in amittendo omnia eadem, idem juris effectus in oppignorando, novo opere nunciando. Ratio autem non patitur, ut eadem specie servitus nunc urbana, nunc rustica dicatur. Non est contrarium, quod scribit Neratius *l.* 2. *de serv. præd. rust.* rustici prædii servitutem esse, *licere altius tollere & officere prætorio vicini*. Nam prætorium significat id ædificium, in quo dominus, si quando ruri est, habitat, separatum ab habitatione villici, ut constat ex Columella *de re rust. lib.* 1. *cap.* 6. & Palladio *l.* 1. *c.* 8. At tale prædium omnes urbanum esse fatentur. Atque ut demus, appellatione prætorii non tantum villam urbanam, sed aliquando etiam rusticam & fructuariam quoque significari, ut putat D. Gœd. eo quod Ulpian. *d. l.* 198. *de verb. signific.* distinctionis causa, cum prætoria urbanis prædiis adnumerat, videtur addidisse, *voluptati tantum deservientia*, nemo tamen tam ineptus est, ut putet, Neratium *dict. l.* 2. *de serv. præd. rust.* prætorii appellatione intellexisse villam fructuariam aut horreum, quod utique non est subjectum servituti protegendi, cujus ille ibidem etiam mentionem facit. Cur igitur, inquis, Neratius servitutem prætorio impositam rusticam appellat? Nimirum quia ille arbitrio solo loquitur, non considerato juris effectu. (2) Hoc ut perfectius intelligatur, sciendum prædia eorumque jura dupliciter considerari posse, vel simpliciter, qua consideratione nihil prohibet ea loco distinguere, quod fecit Neratius; vel cum effectu juris, qua consideratione loco nunquam distinguuntur. Cum quæritur de jure taciti pignoris, quod domino tribuitur in invectis & illatis ab inquilino in prædium urbanum, non item in invectis a colono in prædium rusticum, *lib.* 5. *leg.* 7. §. 1. *in quib. cap. pign. tac.* urbana prædia accipimus etiam tabernas, stabula, quæ non sunt in continentibus edificiis, vel ipso Neratio teste *dict. l.* 4. §. 1. aliaque meritoria in villis & vicis. Villa autem fructuaria & habitatio villici in hac causa prædia rustica habentur, *arg. dict. l.* 198. *de verb. signific.* Item cum quæritur de alienatione prædiorum pupillarium aut minorum 25. annis, quæ si rustica sint aut suburbana, oratione Severi sine decreto prohibentur alienari, *l.* 1. *de reb. eor. qui sub tut.* (quod constitutione Constantini ad urbana quoque prædia postea extensum est, *l.* 22. *C. de admin. tut.*) prædia a fine & usu distinguimus, & rustica quoque intelligimus hortos olitorios, & vinearios, qui in urbe sunt, & villas fundi causa & propter opus rusticum ædificatas: reliqua ædificia, stabula meritoria, etsi ruri sunt, pro urbanis habentur, ut & horti ædificiorum, unde nihil, aut parum reditus, & multo magis area, *dict. l.* 198. *de verb. signific.* quo loco orationem illam Severi Ulpianus interpretatus est, Cujac. 7. *observ.* 24. Simili modo de servitutibus, cum simpliciter quæritur, quorum prædiorum sint, loco itidem ut prædia distingui possunt; at cum quæritur de vi & effectu juris in iis constituendis, acquirendis, amittendis, pignorandis, novo opere eorum nomine nunciando, (vide obiter *l.* 1. *l.* 1. *l.* 6. *de serv. præd. urb. l.* 6. *leg.* 7. §. 1. *comm. præd. l.* 11. §. *ultim. & l. seq. de pign. l.* 5. *& belle* 9. *l.* 14. *de nov. op. nunc.*) loci ratio nulla habetur: sed quæ ædificiis inhærent, urbanæ: quæ locis puris, rusticæ dicuntur. Et quia hac consideratione neque ulla ædificia possunt esse subjectum servitutum rusticarum, nec loca ædificiis vacua subjectum urbanarum; hinc factum est, ut in proposito ædificia omnia, etiam quæ in villis & vicis sunt sive ad usum urbanum, puta ad habitandum, ad viatores recipiendos, aliumve quæstum faciendum comparata sint, sive ad usum rusticum, ad fruges condendas & custodiendas, ad stabulanda pecora, prædia urbana habeantur: contra loca omnia ædificiis vacua, etiam area in urbe, & horti ad voluptatem comparati, prædia rustica, distinctione subjecti ad naturam servitutum accommodata. Hæc nescio an quisquam tam distincte & lucide. VINN. Ita facile intelligitur quod scribit Paulus *leg.* 3. *ff. de serv. Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt*. In fundo servitutes prædiorum rusticorum *lib.* 13. *ff. de serv. præd. rusticor.* In superficie servitutes prædiorum urbanorum, *l.* 20. *ff. de serv. præd. urb.* Nulla enim servitus prædii rustici utilitatem præstat ædificio, sed fundo: nulla urbana fundo, sed soli ædificio. Interim & ædificia

ficia quædam rustica dici posse, si soli usui œconomico destinata sunt, certum puto, est ex *l.* 198. *ff. de verbor. sign.* & locis Columellæ & Palladii, ab ipso auctore allegatis. HEIN.

Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ) Et longe etiam plures: sed harum commemoratio sufficit ad declarandum id quod dixerat, prædiorum urbanorum servitutes esse, quæ ædificiis inhærent. Donellus 11. *comm.* 4. etiam quæ hujus sunt generis, in tres classes, partitus est ex triplici earum fine: quædam enim comparatæ sunt ad ædes vicinas dilatandas, ut tigni immittendi, oneris ferendi, projiciendi, protegendi: quædam ad ædium interiorum commoditatem, veluti altius non tollendi, ne luminibus, ne prospectui officiatur: quædam denique ad ædes exonerandas, cujusmodi sunt jus cloacæ immittendæ, fumi immittendi, fluminis & stillicidii avertendi in aream alienam. Pretium fuit, digito saltem hoc indicasse.

Ut vicinus onera vicini sustineat, ut in parietem ejus liceat tignum immittere (3) Proponuntur hæ servitutes, ut species diversæ; & sane differunt gradu: In imponenda servitute tigni immittendi hoc agitur, ut ex nostro pariete liceat tignum, ξύλον ἢ δοκὸν, trabem immittere in parietem vicini, ita ut ibi requiescat, & vicini paries sustineat onus immissi, nihil amplius, *l. malum* 242. §. 1. *de verb. sign.* In servitute autem oneris ferendi hoc amplius est, quod vicinus columnam, aut parietem, cui oneri ferendo est, reficere tenetur, & idoneum oneri sustinendo præstare, *l. cum* 33. *de serv. præd. urb.* qua parte servitus hæc degenerat & spuria esse agnoscitur: quippe cum contra naturam servitutum hoc sit, ut quis cogatur aliquid facere in suo, *l.* 15. §. 1. *de servit.* Qua ratione quoque jam olim Gallus putabat, non posse ita servitutem imponi, ut quis & onus ferret, & parietem reficeret. Sed obtinuit Servii sententia contendentis posse, *l.* 6. §. 2. *si serv. vind.* id quod in specie proposita visum est, per consequentiam recipiendum esse jus, quod principaliter agitur. Agitur autem hoc, ut jus sit ædium mearum, onus in parietem vicini immittere: quæ servitus vix consistere potest, nisi paries reficiatur, & idoneus habeatur oneri ferendo. VINN. Ita fere omnes hanc servitutem vocant *spuriam*, *anomalem*, *irregularem*: nescio an satis bene. Non videtur veteribus dubium fuisse, dominum prædii dominantis ordinarie debere parietem reficere: sed de eo disputarunt, an ejusmodi pactum iniri posset, & dominus prædii servientis reficeret? Negabat Aquilius Gallus, quia esset contra naturam servitutis: sed adfirmabat Servius, cujus sententia prævaluit, ita explicata a Labeone, ut quia non homo, sed res serviat, liceret domino parietem derelinquere, *l.* 6. §. 2. *ff. si serv. vindic.* Servii itaque sententia non in universum statuit, parietem reficiendum esse a domino, sed tunc reficiendum esse, si hujusmodi pactum intercesserit, quale est illud: paries oneri ferendo, uti nunc est, ita sit *l.* 33. *ff. de serv. urb. præd.* HEIN. Hujus ejusdem generis est jus projiciendi, *l.* 1. & *l.* 2. *de serv. præd. urb.* videlicet ut liceat ex nostro tignum projicere in aream alienam, hoc est, ita provehere supra solum vicini, ut nusquam requiescat præterquam in pariete nostro; sive id fiat ædificii supra id projectum ponendi causa, sive tegendi parietis, ut plurimum autem aliquid substruendi causa, puta meniani aut suggrundæ, *dict. l. malum* 242. §. 1. *de verb. signific.* nam quod tegendi parietis causa ad umbram faciendam emittitur, aut arcendos imbres a pariete, protectum in specie appellatur, *d. l.* 1. & 2. *hoc tit.* ita protectum a suggrunda distinguitur in edicto *de his qui deji. vel effud. l.* 5. §. *prætor ait* 6. Crassus error est eorum, qui servitutem projiciendi interpretantur jus abjiciendi vel effundendi quid in aream alienam, aquam puta, vel quisquilias, Cæpoll. *cap.* 32. *de serv. urb.* Nulla enim talis servitus constitui potest, quæ quidem prædii sit, *l. foramen* 28. *h. tit.* Atque hunc errorem quoque notat Coras. 3. *misc. ult. num.* 8. & 9. Cæterum alium ille enarrat *num. ult.* ubi ne subordinatam quidem differentiam inter projectum & protectum agnoscit.

(4) *Ut stillicidium vel flumen quis recipiat, vel non recipiat*) Hæ eædem servitutes sunt, quæ dicuntur stillicidiorum & fluminum, *l.* 1. *de serv. præd. urb.* Inter stillicidium & flumen hoc interest, quod stillicidium est, cum aqua pluvia ex tecto stillatim & guttatim cadit, *Drop.* flumen, cum fluxu & per imam ædium partem more fluminis effunditur; *Vaterloop.* Varo. 4. *de ling. cap.* 5. Paul. *l. servitutes* 20. §. 3. & *seqq. de serv. præd. urb.* Itaque stillicidii recipiendi servitus dicitur, qua vicinus ferre cogitur, ut aqua pluvia ex tecto meo in suas ædes cadat; fluminis vero, qua pati cogitur, ut aqua eadem in alveum aut canalem recepta in suas ædes cum impetu feratur: unde hæc quam illa gravior, & proinde Paul. *dict. l. servitutes* 20. §. *stillicidium* 5. ait *stillicidium inferius demitti non posse, ne gravior fiat servitus, & pro stillicidio flumen: altius tolli posse, quia levior eo modo fiat, cum, quo ex alto, lenius cadat & interdum viventi direptum non perveniat ad locum servientem.* (5) Duplex autem est stillicidii & fluminis servitus, ut ostendit *hic locus* & *l.* 2. *eod.* una avertendi, altera non avertendi stillicidii aut fluminis: quarum illa comparata est ad ædes exonerandas, hæc ad interiorem ædium commoditatem pertinet. Avertendi stillicidii est jus stillicidia nostra derivandi in ædes aut aream vicini, ut vicinus stillicidium nostrum recipere cogatur in ædes suas, vel in aream aut in cloacam, *d. l.* 2. & *hoc text.* Stillicidia non avertendi jus est, quo vicinus stillicidium ædium suarum in aream vel cloacam vicini avertere prohibetur, aut non tenetur vicinus stillicidium vicini in suum recipere. Sane quidem jure communi nemo cogitur stillicidia vicini recipere, licetque nobis jure libertatis rei nostræ vicinum prohibere, ne stillicidia sua in nostrum immittat. Cæterum sicubi constitutio ædificiorum talis est, ut lege aut consuetudine civitatis unicuique permissum sit stillicidia sua obversa habere in alienum, vicinique jure publico ea recipere cogantur: hic, si velimus nobis jus esse prohibendi vicinum stillicidia sua in nostrum avertere, necesse est, ut id jus vicinus nobis constituat, suæque rei hanc servitutem imponat: quod quamobrem & quam recte dicatur, mox certius intelligetur, cum de servitutibus altius tollendi & non tollendi disputabimus. Similiter servitus fluminis avertendi est jus fluminis immittendi in alienum: non avertendi servitus, qua vicinus flumen, quod alioqui lege vel consuetudine civitatis liceret, avertere in alienum prohibetur. Ita recte Don. 11. *cap.* 5. Bocer. & Tuning. *hic.* Aliis vero servitus stillicidii aut fluminis non avertendi est, quia vicinus avertere cogitur stillicidium, aut flumen ædium suarum in aream vicini, ut aqua in cisternam ejus recipiatur, vel hortum irriget: qua constituta, agi possit cum domino ædium servientium, jus ei non esse stillicidia avertere, atque ut tegulas, canalesque aut tubulos, per quos aqua labi-

ſabitur, ſuis expenſis reficiat. Cæpoll. *cap.* 28. *& ſeq. de ſerv. urb.* P. t. Greg. 4. *ſyntagm.* 9. *num.* 7. Sed hoc minus placet: quia non pro commodo, ſed pro onere paſſim habetur, ſtillicidium aut flumen alienum recipere: & præter naturam ſervitutum eſt, ut quis aliquid facere cogatur in ſuo.

Et ne altius quis tollat ædes ſuas) Hæc ſervitus ob eum maxime finem conſtituitur, ne luminibus vicini altius ædificando officiatur. Nam cum unicuique jure naturæ in ſuo quidvis facere licet, dum in alienum nihil immittat, *l.* 8. §. *Ariſto* 5. *ſi ſerv. vind.* eique conſequens ſit, poſſe unumquemque in area ſua ædificare in infinitum, ædeſve antea poſitas altius tollere, etiamſi vicino incommodet; lumina ejus obſcurando, quod & traditum eſt *l.* 9. *l.* 14. *l. cujus* 24. *de ſerv. præd. urb. l.* 8. *Cod. de ſerv.* hoc incommodum non aliter vitari poteſt, quam ſi a vicino impetremus, ut hanc ſuis ædibus ſervitutem imponat, ne altius tollantur, qua impoſita, ſi nihilominus altius ædificet, jam recte cum eo agam, jus ei non eſſe ædes ſuas altius tollere; quæ intentio actionis confeſſoriæ, qua ſervitus hæc quæ dicitur altius non tollendi, vindicatur, licet verborum figuram videatur negatoriæ, *l.* 4. §. *ultim. ſi ſerv. vind.* Crebra eſt hujus ſervitutis mentio, ut in *l.* 2. *l.* 12. *de ſerv. præd. urb. d. l.* 4. *ult. l.* 7. §. 1. *com. præd.* Hic autem magna oritur difficultas. Nam ſi cuivis liceat ædes ſuas extollere, idque naturaliter & jure libertatis rei ſuæ: ut nulla in eam rem opus ſit conſtitutione ſervitutis, quo fit, quod inter ſervitutes prædiorum numeretur etiam jus altius tollendi? Hoc enim nullam videtur habere rationem: contraria quippe ſunt libertas & ſervitus. Et ſi non liceret altius tollere, ſervitutis eſt; licere altius tollere libertatis erit. Et tamen negari non poteſt, quin Veteres non minus jus altius tollendi quam non tollendi inter ſervitutes retulerint. Factum id compluribus locis a Paulo *l.* 1. *de ſerv. urb. l.* 7. §. 1. *comm. præd.* a Cajo *l.* 2. *de ſerv. præd. urb.* Neratio, *l.* 2. *de ſerv. præd. ruſt.* Juſtiniano §. 2. *inſ. de act.* Tota vero difficultas in ea eſt, ut exempla proferantur, quibus oſtendatur, jus altius tollendi quandoque inter ſervitutes recte numerari. Etenim huic rei demonſtrandæ minime idonea ſunt quæ afferuntur a Gloſſa, Bart. & DD. in *l.* 2. *de ſerv. præd. urb.* quæ ipſis prima eſt: nec item quæ a Gloſſ. Dyn. Jaſ. & aliis *ad* §. 2. *inſ. de act.* aut videre eſt in noſtra illius loci interpratione. Neque verum eſſe puto, quod Cujac. VVeſ. *in d.* §. 2. & Vult. 1. *diſc.* 5. contendunt, jure ſervitutis conſtitutæ ædes altius tolli, cum antea conceſſo aut longa quaſi poſſeſſione quæſito contra vicinum jure altius non tollendi, rurſus ei altius tollendi poteſtas conceditur. Hoc enim caſu perinde res in priſtinam libertatem redit, ac ſi pacto ſervitus remiſſa eſſet, ut eodem loco abunde oſtendimus. Primus veterum interpp. Jo. Faber in *d.* §. 2. rem vidit & digito monſtravit, præeunte tamen Gloſſa, in *l. qui luminibus* 11. *de ſerv. urb. præd.* ut obſervavit Cæpolla & explicuit *cap.* 26. *num.* 2. *ſerv. urb.* ſed ille longius excurrit, & multa aliena miſcet. Rectius & apertius recentiores Zaſ. Baro. Mynſ. Donel. Fabri veſtigiis inſiſtente, ſic rem proponunt & declarant. Si de poteſtate ædificandi in ſuo nihil jure publico cautum ſit, jus ædificandi ajunt eſſe jus libertatis noſtræ, & licere cuivis civi, & publico jure quam altiſſime ædes ſuas tollere, etiamſi obſcuret vicinas. Si vero alicubi lege civitatis certa ædificiorum forma atque altitudo præſcripta eſt, quam excedere ædificando invito vicino non liceat, hic jus ædificandi hactenus quidem adhuc liberum eſſe & juris publici, ut ſi intra definitum altitudinis modum conſiſtatur, adhuc liceat ædificare cum incommodo vicini, *d. l. qui luminis* 11. Cæterum ſi ſupra eam altitudinem ædes extollere, v. c. ad 5. vel 6. pedes, velimus, quod jam jure publico invito vicino facere non licet, ut id nobis liceat a vicino impetrandum eſſe: *l. pen.* §. 1. *Cod. de ædif. priv.* eoque conceſſo, jus altius tollendi vicino ſervitutem eſſe, utpote qui jam incipiat pati in ſuo, quod antea pati jure publico non cogebatur; nobis jus, ſed impoſititium & conſtitutum a vicino, quod vindicetur hac formula confeſſoria, *Ajo, mihi jus eſſe ædes meas altius tollendi invito te*, *d.* §. 2. *inſ. de act.* ubi plenius hoc expoſui, atque ex Tacito aliiſque Auctoribus, & textibus juris noſtri demonſtravi, etiam in ipſis urbibus in quibus ſedes imperii fuit, Romæ ſcilicet & Conſtantinopoli, jam olim certum fuiſſe ædificiorum altitudini præſcriptum modum, ut mirum non ſit, Jureconſultos ad ſtatum illum reſpicientes jus altius tollendi inter ſpecies ſervitutum numerare. Adde, quod certo ſtatu ædificiorum conſtituto, hæc ſervitus etiam quæri poteſt præſcriptione, ſi videlicet quis contra veterem formam longo tempore ædificatum habuerit, & nec vi, nec clam, precario; poſſederit, *l.* 1. *Cod. de ſerv.* Poterat hic conſiſti, niſi nobis negotium faceſſeret Bachovius, qui in *not. ad* Treutl. *vol.* 1. *diſp.* 17. *theſ.* 2. in *comm. ad hunc* §. 1. *&* §. 2. *infr. de act.* hanc etiam Neotericorum ſententiam penitus explodit contendens, Jus altius tollendi & altius non tollendi, non duas, ſed unam eamdemque ſervitutem eſſe, quæ ex diverſa conſideratione diverſis nominibus appelletur, atque ex parte ſervitutem ſibi aſſerentis dicatur jus altius non tollendi, ex parte negantis altius tollendi, aut potius jus altius tollendi impropriè ſervitutum numero adſcribi, atque ita appellari tantum reſpectu vicini, qui me altius ædificante ipſe contra ædificare & luminibus meis officere, jure conſtituta ſervitute, non poteſt. In ſumma, jus altius tollendi ex catalogo ſervitutum expungendum eſſe, & quoties ejus mentio fit, jus contrarium ſignificari, videlicet altius non tollendi. (7) Satis hercule confidenter: videamus quam vere. Cajus *l.* 2. *de ſerv. præd. urb.* ex profeſſo ſpecies urbanarum ſervitutum enumerans ſic orditur: *Jura prediorum urbanorum ſunt, altius tollendi & officiendi luminibus vicini*; deinde ſubjungit, *aut non extollendi*. Hic, ſi Bachovio credimus, Jureconſultus non duo inter ſe diſtincta jura ſignificat, ſed unum duntaxat, altius non extollendi, quod ſolum ſit ſervitus. Pauli *leg.* 7. §. 1. *comm. præd.* hæc verba ſunt: *Servitus alienis ædibus imponi poteſt, ut altius tollere vel non tollere liceat*. Hoc Bachovius ſic accipit, quaſi alterum tantum Paulus expreſſiſſet, ut ne liceat altius tollere. Sed profecto ſi hoc Bachovio concedimus, ſummæ inſcientiæ inſimulamus Jureconſultos, qui ex uno Jure duo faciunt, atque inter ſe ut ſervitutes diverſæ ſpeciei tam aperte opponant. Itaque, ut evidentius demonſtremus errores Bachovii, putat ille, jus altius tollendi per ſe ſervitutem numquam eſſe, ſed hoc nomine appellari relatione facta ad vicinum, cujus ædibus impoſita ſit ſervitus altius non tollendi; propterea quod hac ſervitute mihi conſtituta jus altius tollendi, quod per ſe quidem ſemper ſit libertatis, ſed inutile mihi alias reddi vicino contra ædificante poterat, nunc pleniore jure, & effectu conſequor. Hoc vero falſum eſſe oſtendunt quotquot ſunt loci, in quibus altius tollendi inter ſervitutes numeratur, ut in *l.* 2. *de ſerv. præd. uſt. de leg.* 2. *de*

ſerv.

serv. præd. urb. dict. l. 7. §. 1. comm. præd. §. 2. inf. de act. l. 1. Cod. de serv. & aqua. Quibus omnibus locis palam est, jus altius tollendi non ea ratione servitutem dici, aut ex eo æstimari, quod alter facere non potest in suo: sed ex eo simpliciter, quod alterum facientem jure impositititio pati cogitur. Hoc enim ipsum, licere altius tollere, & officere luminibus vicini, jus prædii & servitus appellatur: jus respectu ejus, cui id facere liceat, servitus respectu vicini, qui id pati cogitur. Ac proinde si cui hujus juris controversia fiat, licebit ei hoc vindicare hac formula, *Ajo mihi licere ædes meas altius tollere*. Quæ & vi & verbis confessoria est, *dict. §. 2. inf. de act.* Idque evidentissime confirmatur, *d. l. 1. Cod. de servit.* quo loco cum quæsitum esset, an in eum, qui contra veterem formam ædificasset, ut luminibus vicini officeret, competeret vicino actio negatoria, qua intenderet, jus non esse adversario ædes ita sublatas habere; respondet Imp. competere: sed addit hanc exceptionem: *nisi quis longo tempore ita ædificatum habuerit*. Quippe longi temporis consuetudinem vicem obtinere servitutis. Quod si igitur jus altius ædificandi contra formam ædificiorum præscriptione quæsitum servitus est, nobisque defendi & actione confessoria vindicari potest; idem quoque jus pactionibus eodem modo constitutum servitus erit, non jus libertatis, eoque nomine confessoria, non negatoria agendum. Miror autem judicium Bachovii, qui his argumentis probari existimat, jus altius tollendi pro jure impositititio aut servitute censeri non posse. Primum quia servitutum non ea natura est, ut aliquis faciat quid in suo, sed ut aut non faciat, aut alium facientem patiatur. Secundo quia omnis servitutis efficit, ut prædium serviat: at ædes, quas ex pactione contra usitatum modum tollere licet, nullo modo dici posse servire. Postremo quia servitus omnis onus prædii est, jus dominantis augens, servientis minuens. At concessione juris altius tollendi etiam servienti prædio restitui libertatem. Manifestus enim in his omnibus error est καὶ τὴν ἄγκυραν τῷ ἐλέγχῳ. Nam non quæritur, an jus altius tollendi contra præscriptum modum sit servitus in eo, cui id jus concessum est; hujus enim respectu jus est, quod servitutem facit nihil minus quam servitus, & omnia servitus est in alieno: sed hoc, an non in eo, qui jus hoc alteri constituit, servitus sit, an non ille pati aliquid cogatur in suo, videlicet luminibus suis offici, quod antea pati jure publico non cogebatur; an non ille ex pacto suum prædium servire faciat, jus sui prædii minuat, alterius augeat. Hoc vero est, quod nos asserimus & abunde probasse existimamus. Stet igitur hæc sententia, jus altius tollendi nonnunquam esse jus libertatis nostræ, nonnumquam impositititium seu servitutem: active respectu ejus cui debetur; passive in eo qui debet. Utrum autem horum sit, ejus rei dijudicationem pendere ex eo, quod cuique jure publico in suo facere ædificando liceat, aut non liceat.

Ne luminibus vicinis officiat) His verbis non videtur hoc loco nova demonstrari servitus, sed finis propositæ: est enim hic præcipuus finis servitutis altius non tollendi, ne luminibus nostris officiatur, qui ob id etiam plerumque simul exprimi solet, *leg. 2. de servitute urban. leg. 2. de servitute rusticorum* quamquam & alius dari potest, ne scilicet in ædes aut aream nostram prospectus pateat. Porro quod ait, ne luminibus officiat, sic accipiendum est: ut officiat altius ædificandone, non etiam ut alio modo, veluti arbore posita, ut quam minimum recedatur a libertate naturali. (8) Quamobrem hoc plus erit in servitute, ne luminibus officiatur, quum in illa, ne ædes altius tollantur, *l. 12. l. inter 15. & 2. seq. de serv. præd. urb.* A servitute ne luminibus officiatur, parum differre videtur servitus, quæ luminum dicitur, atque ut hæc magis respicit novam luminum constitutionem, ita illa conservationem eorum, quæ jam sunt *l. 4. eod.* Nisi forte dicendum sit, in servitute luminum hoc minus esse quam in altera: quod qui hanc debet, altius ædificare non prohibeatur, aliaque facere, modo tantum luminis vicino relinquat, quantum ad usum diurnum sufficiat: qui autem servitutem debet ne luminibus officiatur, nihil omnino facere possit, quo lumen minuatur, etiamsi vicini ædes luminibus abundent: quæ sententia est Pauli Castr. in *dict. l. 4.* probata a Cæpoll. *cap. 35. de serv. urb. arg. d. l. inter 15.* & eodem teste communiter recepta. Aliter Cujac. 1. *obs.* 13. & Duar. 1. *disp.* 33. servitutem luminum accipiunt, nimirum jus luminum nostrorum in alienum immittendorum, quo efficiatur, ut liceat nobis aperto pariete nostro fenestras in eo positas habere luminis excipiendi gratia. Sic enim illi interpretantur, quod Paulus scribit *d. l. 4. Luminum servitute constituta, id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra accipiat.* Verum hæc sententia impingit in notissimum illud juris principium. *Unumquemque in suo quidvis facere posse, vel cum incommodo alterius, modo in alienum nihil immittat, l. 8. §. Aristo. 5. si serv. vind. l. 9. de serv. præd. urb. l. 8. C. de serv. & aq.* Neque enim in alienum quicquam immittit, qui suum parietem aperit, & in eo fenestram ponit: proinde suo quisque jure facere potest: licet id vicino molestum sit, nec ad eam rem indiget constitutione servitutis. Verborum autem Pauli, ut vicinus lumina nostra excipiat, non hic sensus est, qui a Cujacio & Duareno his affingitur, sed hic, ut ita excipiat, ne quid contra erigat in suo, quo lumina præcludantur: quod alioqui servitute non constituta suo jure facere posset, *l. 9. de serv. præd. urb.* Immo vero, inquiunt, qui fenestram in suo ponit, aliquid immittit in alienum, quod non licet citra constitutionem servitutis; immittit enim oculos. At testimonio Xenocratis; μηδὲν διαφέρειν ἢ τοὺς πόδας ἢ τοὺς ὀφθαλμοὺς εἰς ἀλλοτρίαν οἰκίαν τιθέναι, auctore Plut. *l. περὶ πολυπραγμ.* Ego vero judico, hanc objectionem indignam esse tantis viris, nec debuisse eos, quod a Xenocrate figurate dictum est in homines curiosos, qui se ubique contra rationem officii ingerunt, abuti ad demonstranda dogmata disciplinæ juris civilis. Nihil autem in contrarium facit *l. pen. eod.* Quia aperte loquitur de pariete communi, in quo constat nihil licere facere invito socio, l. 8. *l. quidam 13. l. in re 26. eod. l. Sabinus 28. com. div.* Illud constat, diversam esse a superioribus servitutem prospectus, seu ne prospectui officiatur: nam servitute prospectus hoc continetur, ne quid nobis officiatur ad gratiorem prospectum ac liberum, & cum lumen tantum sit ex loco superiore, prospectus ex locis inferioribus esse potest, *l. 3. l. 12. l. 15. & seq. de serv. præd. urb.* Sunt qui putant, etiam servitutem prospectus ut diversam gradu a servitute ne prospectui officiatur, distinguendam esse, eadem scilicet ratione & proportione, qua præcedentes luminum, & ne luminibus officiatur. Moribus fere harum regionum aut legibus municipalibus vetamur fenestram facere, unde directo proxime & de plano prospiciatur in aream vicini, præscripto certo spatio, quo distare hujusmodi fenestræ a pavimento vel tabulato debeant.

TEX-

T E X T U S.

De reliquis servitutibus rusticis.

2. *Inter rusticorum prædiorum servitutes quidam computari recte putant aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.*

N O T Æ.

2. *Pecoris ad aquam appulsum)* Jus adaquandi & appellendi pecora, quæ fundi causa habentur, ad aquam alienam.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Explicatur & emendatur locus Ulp. in l. Mala, 14. §. ult. de alim. legat.*

DOcendi ratio postulabat, ut huic §. protinus subjiceretur principio hujus titul. dilata tantisper tractatio servitutum urbanarum, cum a rusticis cœptum esset. Sed hoc tanti non est, ut ob id maledictis impetendus sit Tribonianus, quasi temetum, cum hæc scriberet, bibisset: nullumque eo proterviæ processisse etiam viros cætera incomparabiles. Verum age: Ait Imp. inter servitutes rusticorum prædiorum recte computari aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum, &c. Aquæ haustus est jus aquæ hauriendæ ex puteo, vel fonte vicini, ad prædii nostri vel familiæ rusticæ usum & commoditatem. Qui haustum habet, iter quoque ad hauriendum habere videtur, sive ei jus hauriendi & simul adeundi cessum sit, sive hauriendi tantum. Sed etsi tantum adeundi ad fontem, placuit inesse & haustum. Cæterum ex flumine publico cum sine servitute cuivis haurire liceat, haustus frustra conceditur, iter cedi debet, *l.3. §.ult. de serv. præd. rust.* Cæp. 4. 7. Pecoris ad aquam appulsus est jus adaquandi & appellendi pecora, quæ fructuum fundi causa habentur, ad aquam alienam. Utrumque autem hoc jus passim refertur inter servitutes prædiorum rusticorum, *l.1. §. 1. leg.2. §.1. l.3. ult. l.4. l.6. in fin. de serv. præd. rust.*(1) Cæterum objici solet responsum Ulpiani *l. Mala* 14. *§. ultim. de alim. legat.* quo loco aquæ haustus & pecorum ad aquam appulsus dicuntur esse servitutes personarum: sic enim in omnibus codicibus locus iste legitur: *Nam & haustus aquæ & pecoris ad aquam appulsus est servitus personæ; tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur.* Verum hic locus, si ullus in libris nostris manifeste corruptus est, idque cuivis qui modo propius eum consideret, facile erit deprehendere. Laborat autem duplici vitio. Primum quia mendose interpunctus est: deinde quia omissa est negatio in postremis verbis; omninoque ita restituendus est; *Nam & haustus aquæ & pecoris ad aquam appulsus est servitus; personæ tamen ejus, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur*, vel detracta privativa, *utiliter*. Nisi etiam ita legamus, *μετὰ γνώμης*. Nec sententia loci, nec ratio juris de his servitutibus constabit, nec quicquam in eo loco erit, quod cohæreat. Consulebatur Jureconsultus de fideicommisso, quo aqua relicta erat ei, qui vicinum prædium non habeat: respondet, utile esse fideicommissum, nec obstare, quod aqua hæc relicta proponebatur non possessori vicini prædii; nam quod personæ relinquitur, ut in proposito aqua, id non vicino quoque recte relinqui, quantumvis tale sit quod regulariter jus prædii censetur. Argumento esse aquæ haustum & pecoris ad aquam appulsum, quæ cum natura sua servitutes prædiorum sint, tamen ei, qui vicinus non sit, utiliter constituantur: non utique ut jura prædii, sed personæ, quod etiam toties actum intelligitur, quoties res gesta est inter duos, qui vicina prædia non habent; qua de re monuimus in explicatione rubricæ sub finem. VINN. Hæ servitutes modo sunt personales, modo prædiales. Personales, si non in usum vicini prædii, sed personæ constituuntur: prædiales, si vicino prædio inserviunt. Id liquidum ex *l.4. ff. de serv. præd. rust.* Hinc tolerari possunt verba Ulpiani in *lib.10. ff. de alim. legatis: Nam & haustus aquæ & pecoris ad aquam appulsus est servitus personæ: pro tamen* autem legendum videtur *nam nec. Nam nec ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur.* Ita verba præclare quadrant speciei, quam ibi tractat Ulpianus. HEIN.

Pecoris pascendi) ff. l.1. §.1. l.3. princ. l.4. eod. servitus pascui dicitur, *l.6. in fin. eod.* Est autem jus pascendi pecora in fundo alieno. Si plurium commune est, Jus compascui appellatur, *leg. pen. §.1. si serv. vind.* Hinc ager compascuus, in quo vicinis jus est communiter pascendi. Fest. in voce *compascuus*. Cic. *in Top. cap.3. si compascuus est ager, licet compascere.* Cæterum ita pecoris pascendi jus servitus prædii videtur, si fructuum fundi causa pecora habeantur, *dict. l. 4. eod.* quod ita fit, si sint boves aut jumenta, per quæ fundus colitur, *dict. l.3 in princ.* Semper enim hoc tenendum est, servitutem prædii non posse constitui ultra quam ad prædium ipsum opus est, *l.5. eod.* Idem tamen dicendum erit, si oves sint, aut vaccæ ad lac præbendum, butyrum, caseum conficiendum, quibus ad victum familiæ rusticæ utantur. Qui servitutem pascui habet, aut pecoris appellendi, ei etiam talis constitui potest, ut tugurium ibi habere liceat, ut si hiems ingruerit, habeat, quo se recipiat, *dict. l.6. in fin. eod.* De jure pascendi, late Cæp. *cap. 9. de serv. præd. rust.* Schn. *hic num. 28. & seq.*

Calcis coquendæ, arenæ fodiendæ) ff. l. 1. §. 1. item lapidis cædendi, cretæ eximendæ, pedamenta ad vineam ex vicini prædio sumendi, *d. l.3. §.1. & 2. l.5. l.6. eod.* Omnes autem, quæ hujus generis sunt servitutes, eo pertinent, ut quid ex alieno sumere liceat, quod transferatur ad usum prædii nostri. Eo autem etiam illud contineri intelligitur, quod confertur in familiam rusticam & pecora, quæ fundi colendi causa habentur, *d. l.3. in princ. l.4. l.5. & 6. eod.* Sed & si quid in alieno facere nobis commodum sit, quod pertineat ad fructus prædii nostri exprimendos meliusve habendos, placet, etiam ejus rei servitutem prædialem recte constitui; quasi ad prædii utilitatem & hoc pertineat, quod pertinet ad fructus commode ad usum habendos, quippe quorum causa prædium ipsum habetur. Hujus generis sunt jus præli sive torcularis, ut mihi liceat uvas vineæ meæ aut olivas oliveti exprimere in tuo; jus area tua utendi ad exprimenda frumenta aut legumina; item ut fructus in vicini villa cogantur, coactiones habeantur; *l.14. §.ult. de alim. l. 3. §.1. de serv. præd. rust.*

T E X T U S.

Qui servitutem debere vel acquirere possunt?

3. *Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis consistere non possunt. Nemo enim potest ser-*

servitutem acquirere urbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium, nec quisquam debere, nisi qui prædium habet.

NOTÆ.

3. *Ideo hæ servitutes*) Ex Ulp. *l.1. §.1. l.6. com. præd.* *Nisi qui prædium habet*) Nam & a prædiis debentur hæ servitutes, & debentur prædiis. Sed & vicina esse prædia oportet, *l.5. §.1. serv. præd. rust. l.25. & seq. præd. urb.* ut tamen inter medium prædium non officiat, si non impediat usum servitutis, *l.7. §. ult. de serv. præd. rust. l.1. præd. urb. l.1. præd. urb. leg.7. §. 1. comm. præd.*

COMMENTARIUS.

Agitur hic de subjecto, sive materia servitutum prædialium, id est, de rebus, in quibus consistunt, & a quibus ob eam causam nomen quoque acceperunt: Sunt autem hæ res non omnes, sed immobiles tantum, sive rei soli, quæ uno nomine prædia appellantur. Sive enim rem spectes, quæ servitutem debet, sive id, cui debetur: utrinque prædia esse necesse est: hic ut sit, cui imponatur servitus, illinc ut sit, cui acquiratur; unum ut serviat, alterum ut dominetur. Quamobrem non potest prædio servitutem vel imponere, vel acquirere, nisi qui habeat prædium, hoc est, qui prædii dominus sit, *leg. 1. §.1. l.6. comm. præd. & hoc text.* Domini autem appellatione etiam emphyteutam & superficiarium comprehendimus, tam in persona constituentis, quam acquirentis, *l.1. §.ult. de superf. l.1. §. 1. si ag. vect.* Cæterum his obstare videtur quod traditur *l.10. de serv. præd. rust. l. si servitus 23. §.1. de serv. præd. urb.* futuro quoque ædificio, seu nondum ædificato servitutem vel imponi vel acquiri posse, siquidem ejus ædificii, quod nondum est, nemo potest dici dominus. Sed facilis responsio est, nimirum hic quoque constitutionem servitutis referri ad prædium, sed servitutis jus esse in suspenso, donec ædificium extruatur, in quo consistat, quasi sub tacita conditione constitutum. Eadem ratione & fidejussor dicitur futuræ obligationi accedere posse, *l.6. §. ult. de fidejuss. §. 3. inf. eod.* non quidem hoc effectu, ut antequam reus debeat, fidejussor conveniri possit; sed ut demum fidejussio vim suam exerat, cum principalis obligatio, cujus illa accessio est, fuerit subsecuta, *l. fidejussor 57. eod. t.* De vicinitate prædiorum & utilitate dominantis actum est sub rubricis.

TEXTUS.

Quibus modis servitus constituitur?

4. *Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam quis testamento hæredem suum damnare, ne altius tollat ædes suas, ne luminibus vicini officiat: vel ut patiatur eum tignum in parietem suum immittere, stillicidiumve adversus eum habere; vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere.*

NOTÆ.

4. *Pactionibus*) Idoneis ad dominium transferendum: Non solis autem pactionibus servitus nostræ fiunt, *l.3. de ob. & act.* sed tunc, cum secuta est traditio naturæ harum rerum conveniens, *l.ult. ff. de serv. l. 1. in fin. serv. præd. rust. l.11. §.1. de Publ. in rem act.* Pactiones tituli sunt & causæ acquirendi remotiores: modus acquirendi & causa proxima traditio, *§.40. sup. de rer. divis. l.20. C. de pact.*

COMMENTARIUS.

1. *Communi prædio ab uno ex dominis neque constitui neque acquiri servitutem posse.*
2. *Non nudis pactionibus, quantumvis ad transferendum comparatis, servitutem acquiri, sed facto aliquo, quod traditionem repræsentet.*
3. *Suprema voluntate servitutem constitui ipso jure.*
4. *Quemadmodum usu & possessione nostra servitus capiatur?*
5. *Explicatur latius, quod de constitutione & acquisitione servitutis dictum est num. 2. & refutatur singularis Bachovii opinio.*
6. *Quibus modis servitutes amittantur?*

Falso Mynf. & Pac. existimant, hoc loci materiam tradi, ex qua servitutes prædiorum constituantur: conventio enim & ultima voluntas, non materiæ ex qua, sed causæ efficientis rationem habent, cum sint servitutum constituendarum modi. Est autem insignis hic locus dignusque, in quo explicando plusculum operæ ponatur. Servitus prædii a lege non constituitur: sed potest re exigente a judice constitui in judiciis familiæ erciscundæ, & communi dividundo, in pluribus prædiis dividendis, unum uni, alterum alteri adjudicante, & unum alterum servum faciente, *l. item Labeo 22. §. 3. famil. ercisc. l. ut fundus 18. com. div.* Extra hunc casum a solo prædii domino constituitur. Cæterum & longa quasi possessione nostra acquiritur. (1) De domino jam aliquid dictum § præc. addo nunc, hoc etiam exigi in constituente, ut sit dominus prædii totius, non pro parte indivisa; communi prædio unum ex dominis ne pro parte quidem sua servitutem imponere posse, *l. 2. de serv. l. unus 34. de serv. præd. rust.* nisi forte pariter omnes cedant: tunc enim omnes non alienæ, sed suæ parti servitutem imponunt. Quod si diverso tempore id fiat, novissima cessione superiores confirmantur, *l.6. §.1. l.ult. comm. præd. l.11. de serv. præd. rust.* Benigne quoque propter conventionem receptum est, ut qui ante cessit, vetare me uti jure cesso non possit, *dict. l.11.* Quæ omnia etiam in persona acquirentis servantur: nam nec acquirere quisquam prædio servitutem potest, nisi qui ejus prædii solus sit dominus, *l. 1. §.1. l. 5. l. 6. in fin. l. 8. comm. præd.* & in pluribus acquirentibus eadem distinctio est, quæ in pluribus constituentibus, *dict. l.6. §. 1. l. ultim. eod.* Constituitur a domino servitus duobus modis, conventione, & ultima voluntate, *l.5. de serv. l. potest. 36. comm. præd. & hoc text.* (2) In conventionali constitutione duo ad acquirendam servitutem requiruntur: pactio ad transferendum comparata, cujusmodi est stipulatio, emptio, donatio, permutatio, *l. numquam 31. de acquir. rer. dom.* & traditio, seu id, quod traditionis vicem in re incorporali obtinet, puta inductio in prædium servum, aut usus acquirentis, & domini constituentis patientia, *l. ult. de serv. l. 1. in fin. de serv. præd. rust. l. 11. §. de Publ. in rem. act. per l.3. in princ. de usufr.* Nam quemadmodum pactionis nudæ non ea vis est, ut rem corporalem nostram faciat, *l. traditionib.20. Cod. de pact.* ita nec per se sufficit ad acqui-

acquirendam servitutem, *leg. 3. de obl. & act. dict. l. 11. de Publ. in rem. act.* Olim hic frequens erat cessio, *l. nemo 39. de servit. præd. urb. l. 3. §. 2. & 3. l. 11. per quem 14. de servit. præd. rust. leg. ultim. comm. præd.* & videtur ea necessaria fuisse in constitutione servitutum, quæ in eo consistunt, ut dominus aliquid non faciat in suo; puta ne ædes altius tollat; ne luminibus vicini aut prospectui officiat. Nam ejusmodi jura quomodo per usum & patientiam constitui possint, non video; aut sane inductio in prædium hic etiam pro traditione fuit. Suprema voluntate servitus constituit, cum ea alicui testamento legatur, *tit. de servit. leg.* in qua constitutione nihil præter voluntatem defuncti desideratur ad acquirendam servitutem, sed statim ei, cui legata est, absque ulla cessione aut traditione hæredis acquiritur, *l. ult. d. tit. l. si partem 19. §. 1. quem serv. am.* Neque distinguimus amplius inter servitutem legatam per vindicationem, & legatam per damnationem vid. *nota. §. 1. tit. seq.* Modus per usum ac possessionem nostram servitutem capiendi duplex. Unus communis cum usucapione rerum corporalium, si quis eam a non domino, quem dominum existimabat, constitutam per tempus legitimum continenter possederit, *l. ult. in fin. Cod. de præsc. long. temp.* Alter servitutum proprius, si nullo quidem titulo præcedente, cæterum nec vi, nec clam, nec precario, id est domino prædii servientis sciente & patiente, per continuum definiti temporis spatium servitute usi sumus, *l. 10. si serv. vind. l. 1. in fin. de aquæ pluv. ar. l. 1. & l. 2. Cod. hoc. t.* ut hic scientia & patientia domini loco tituli aut boni initii & traditionis sit possidenti, & longi temporis consuetudo vicem servitutis obtineat. In priore specie titulus necessarius est, uti semper cum initium possessionis est a non domino, *inf. de usuc. in pr.* sed tunc dominum nihil juvat ignorantia, *d. l. ult. C. de præsc. long. temp.* In posteriore scientiam exigimus, titulum non item, alioqui tradita statim sine usucapione acquireretur. Sententia communis, a quo frustra recedit Div. Duar. *1. disp. 34.* add. D. Christin. *vol. 3. decis. 177. num. 4. & 5.* & nostra *lib. 1. select. quæst. cap. 31.*

Pactionibus & stipulationibus) His verbis putandum non est, a constitutionibus servitutum excludi traditionem: sed eodem modo, ac sensu hic accipienda sunt, quo accipi constat, cum ususfructus similiter dicitur pactionibus & stipulationibus constitui, *§. 1. tit. sequ.* nimirum non ut significetur id quod in constituendo extremum est, & excludatur traditio: sed ut monstrentur media & viæ, per quas hæc jura inducuntur. Extremum est, quo constituta servitus acquiritur. Id vero non est pactio aut stipulatio, sed traditio servitutis ex pactione præcedente. Pactiones tituli sunt, non modi acquirendi, *§. per traditionem 40. sup. de rer. div.* Cæterum quia traditio nihil transfert, nisi præcedat idonea conventio, sive causa, propter quam traditio secuta sit, *leg. numquam 31. de acquir. rer. dom.* ideo pactionum & stipulationum meminit ut causarum acquirendi, & in constitutione servitutis traditionem necessario præcedentium, non ut traditionem removeat. Quemadmodum ex contrario cum dominia rerum traditionibus acquiri dicuntur, *leg. traditionib. 20. leg. de pact.* non propterea removentur tituli sive causæ acquirendi remotiones; sed extremum in acquirendo significatur, id est, modus acquirendi & causa proxima, uti & cum ususfructus & servitutes dicuntur constitui per traditionem vel patientiam, *l. 11. §. 1. de Publ. in rem. act. leg. 1. in fin. de serv. præd. rust. l. 3. de usufruct.* Hoc ideo diligentius monendum fuit, quia video, Div. Bachovium in ea esse hæresi ut existimet, nudis pactionibus & promissionibus solis servitutes prædiales plene perfecteque constitui, atque acquiri citra ullam traditionem aut cessionem: ac proinde etiam statim ut in conventionem deductæ sunt, actionem in rem competere. Quo quidem ego nihilum unquam audivi, quod a ratione & auctoritate juris magis abhorreat. In toto enim jure modi acquirendarum obligationum distinguuntur a modis acquirendi res in obligationem deductas, sive corpora sint, sive servitutes. Modi, quibus obligatio quæritur, sunt contractus & conventiones, quibus dominium rei in obligationem deductæ, traditiones, & in rebus incorporalibus ea facta, quæ traditionem diximus repræsentare. Si igitur stipulanti mihi viam aut iter promiseris, ex hac conventione non acquiritur mihi jus eundi aut agendi, quod actione in rem confessoria vindicare possim, sed obligatio dumtaxat & actio personalis ex stipulatu, quam intendam, *te mihi viam aut iter dare oportere, l. 2. §. 1. & 2. de verb. obl. si unus 19. de serv. præd. rust.* Tunc demum dominium servitutis nanciscor & actionem in rem, cum conventionem secuta est traditio naturæ rerum incorporalium conveniens, *leg. ultim. de serv. leg. 1. in fin. de servit. præd. rust. leg. 11. §. 1. de Publ. in rem. act. leg. 3. de usufruct.* Denique definitio tradita, *leg. 20. Cod. de pact.* traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferri, generalis est, nunc minus ad servitutum, quam rerum corporalium acquisitionem pertinent, *leg. 3. de obl. & act.* quo loco diserte de servitute idem quod de corpore Jurisconsultus definit, eam quæsitam nobis ex contractu obligationem nostram non fieri, sed tantum debitorem obstringi ad eam nobis dandam aut præstandam. Quid ergo est, quod Bachovium moverit in contrarium? Primum, quod hic ait Justinianus, pactionibus & stipulationibus servitutes constitui. At idem de ususfructu quoque dicitur, *§. 1. tit. sequent.* ad cujus tamen constitutionem fatetur Bachovius traditionem aut patientiam esse necessariam. Deinde quia Papinian. *leg. 4. de serv.* scribit, servitutes ipso jure; neque ex tempore, neque sub conditione constitui posse, cæterum si hæc adjiciantur, vindicantem contra placita servitutem pacti vel doli exceptione repelli. Quasi ex eo necessario sequeretur, servitutem per solam promissionem constitui, & perinde sit, ac si Jurisconsultus dixisset, servitutemque ex tempore, neque sub conditionem promitti posse. Vitiosa plane collectio, & falsa quæ sequitur propositio. Aliud enim est promittere, aliud constituere servitutem. Qui promittit, actu nihil juris in rem alteri constituit, nihil dat, sed obligat se ut det. Nec potest ulla excogitari ratio, cur minus servitutes quam res cæteræ ex die aut sub conditione recte promittantur, ut neque ante diem peti possint, neque antequam conditio extiterit, debeantur. Quævis est harum adjectio, *§. 2. inf. de verbor. obligat. leg. cedere diem 213. de verb. signif. leg. existimo 98. de verb. obligat.* At constituere servitutem est actu eam imponere, & efficere, ut jam sit quæsita prædio, *§. praced. l. 1. §. 1. com. præd.* Quid vero Papinianus? Non ait, servitutem ex die aut sub conditione promitti non posse, sed non posse ipso jure constitui ex die aut sub conditionem; id est, ut recte Jo: apud Accurs. sic constitui, ut statim sit con-

constituta & prædio acquisita, sed adjecta die aut conditione, in qua usus servitutis & vindicatio differatur. Quod certa ratione juris efficitur: nam cum servitus semel prædio acquisita est, fieri non potest, quin a domino prædii jure vindicetur, *l. 1. si serv. vind.* Cæterum ex æquitate juris prætorii est, quod placitum ope exceptionis servetur. Fefellit Bachovium, quod putavit, si quid præter pactionem aut promissionem ad constituendam servitutem desiderari posset, id esse solum usum ejus, cui constituitur, & patientiam constituentis: quibus sane in specie a Papiniano proposita locus esse non potest, cum sint contradictoria, usu servitutem constitui, & usum servitutis differri. Sed nos jam ante ostendimus, etiam aliis modis ad conventionem accedentibus servitutem posse constitui & prædio acquiri, per inductionem scilicet in fundum servum, & cessionem: qua cum Veteres fere semper usi sunt in constituendis servitutibus, hoc ipsum satis argumenti est, sola conventione constitui & imponi non potuisse, add. Connan. 4. com. 8. Donn. 8. comm. 19. Paul. Buf. ad. d. l. 5.

Hæredem suum damnare, ne alius tollat, &c. vel ut patiatur, &c.) Hæc descripta sunt ex Cajo, *l. potest. 16. com. præd.* Legati damnationis meminit, non quod servitus per vindicationem legari nequeat, contrarium enim docet *tit. de serv. leg.* sed aut exempli causa, aut quia servitutes omnes per damnationem legari possunt, per vindicationem non item: neque enim quæ in non faciendo positæ sint, per vindicationem legari posse videntur, veluti ne hæres altius ædes tollat, ne luminibus vicini officiat. His autem verbis, *ne tollat*, *ut patiatur*, expressit naturam & substantiam servitutum, quæ duarum harum rerum consistit in altera, velut dominus aliquid in suo non faciat, vel ut aliquid in suo fieri patiatur, *leg. quoties 15. §. 1. de serv.* de quo dictum sub *rubr.* VINN. Recte suspicatus est Vinnius noster, servitutes omnes legari potuisse per damnationem: non omnes per vindicationem; sed fallitur dum hanc differentiam quærit in distinctione servitutum adfirmativarum & negativarum, quum eam facilius reperire potuisset in servitutum prædiorum rusticorum & urbanorum discrimine. Per damnationem omnes res legari poterant, etiam quæ non erunt testatoris: per vindicationem non nisi eæ, quæ ex jure Quiritium testatoris fuerant. Ulp. *Fragm. tit. 24. §. 7. 8.* Jure Quiritium habebantur res mancipi. Et tales erant solæ servitutes prædiorum rusticorum, non item urbanorum. Ulp. *Fragm. tit. 19. §. 1.* poterant ergo hæ solæ per vindicationem legari. HEIN. Recte fecisset Tribonianus, si hic aliquid subjecisset de amissione servitutum, juxta præscriptum *l. ultim. de leg.* quod observavit in usufructu *tit. seq.* & passim in hoc libello. Suppleamus ergo quod hic deest. (6) Amittitur servitus primum, soluto jure auctoris, verbi gratia, si rei sub conditione legatæ imposita sit, & conditio extiterit *l. 21. §. 1. quemad. serv. am. leg. si fundus 205. de cond. & dem.* Item si prædio emphyteutico aut beneficiario imposita sit ab emphyteuta aut vassallo, & quo causa hæc prædia ad dominum redeant, *c. 1. §. quid ergo, de invest. de re al. in usib. Feud.* quippe resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis, ut notatur in *l. leg. 31. de pignor.* Amittitur secundo remissione, tum aperta, *l. 15. §. 1. de servit.* tum tacita, puta si permisero domino fundi servientis in loco serviente id facere, quo servitus impediatur *l. 8. quem serv. am.* Tertio amittitur confusione, cum prædia confusa sunt, sive cum idem utriusque prædii dominus esse cœperit, *l. si quis 30. de servit. præd. urb.* Quod si partem tantum prædii nactus sim, quod mihi aut cui ego servam, placet servitutem non confundi *l. una 18. l. 1. vers. via l. 23. §. ult. de serv. rust.* Wes. *par. de serv. n. 9.* Cantiunc. *hic*. Sed & si cum mihi per plurium fundos servitus deberetur, unum tantum atque alterum, non omnes acquisiero, servitus per cæteros retinetur, *l. si cum 14. quem serm. am.* Postremo finitur etiam non utendo, si videlicet nemo servitute usus sit; neque is cui debetur, neque possessor prædii dominantis, amicusve aut hospes &c. *l. usu 20. eod.* aut si quis loco quidem usus sit, sed non jure servitutis; aut jure quidem servitutis, sed non servitute constituta, *l. 20. & seq. l. si quis 18. l. ult. eod.* cæterum ita, si nemo usus sit per constitutum continuum tempus, *l. 7. eod. 6. de serv. præd. urb.* quod tempus est decem vel viginti annorum, *l. 3. Cod. de serv.* Enimvero si servitutis usus continuum aut quotidianum tempus non habeat, forte quia alternis annis aut mensibus constituta est, duplicato constituto emptore non utendo amittitur, *d. l. 7.* id est, adversus præsentes 20. annis, adversus absentes 40. Idemque & in longioribus intervallis pro ratione & facultate utendi statuendum. Quicumque vero aut nostro aut prædii nomine usus sit, possessor mercenarius, hospes, amicus, colonus, fructuarius, retinebimus servitutem, *d. l. usu 20. & 4. seq. quem serv. am.* Ad urbanarum servitutum amissionem etiam aliud præterea requiritur: has enim placet non aliter perire non utendo, quam si vicinus simul libertatem ædium suarum usuceperit, veluti in servitute altius non tollendi, si per statum tempus altius sublatum habuerit ædificium, & insuper ipse per idem tempus ædes possederit, *d. l. 6. de serv. præd urb.* Hoc ita tam varie, quia cum rusticarum usus positus sit in solo exercitio & facto ejus, cui debentur; solum quoque ejus non usum placet sufficere ad mittendam tempore servitutem. Contra urbanæ quia nihil exercitii habent, sed in sola ejus, qui debent, patientia consistunt, non utendo amitti nequeunt; ideoque non sufficit, sublatum esse opus, quod servitutis retinendæ causa habebatur, nisi simul is qui servit, hac occasione utens ad libertatem rei suæ usurpandam, aliquid contra servitutem moliatur in suo, ut eleganter Div. Connan. 4. *comm. 12.*

TITULUS DECIMUS QUARTUS

DE USUFRUCTU.

D. Lib. 7. Tit. 1. C. Lib. 3. Tit. 33.

Continuatio. Variæ servitutum personalium species; summa eorum, quæ hoc tit. tractantur.

HActenus de servitutibus rerum sive prædiorum: sequuntur servitutes personarum sic dictæ, quia sunt jura personæ in aliena re constituta, si quidem ex re, cui servitus debetur, distinctio isto servitutum petita est, ut ostendimus initio tit. præc. Species servitutum personalium multæ sunt & variæ. Etenim sciendum est, etiam jura, quæ natura sua realia sunt, ita constitui pos-

posse, ut ex ea constitutione personæ tantum acquisita esse intelligantur, veluti si in constituenda persona demonstrata sit cui soli ea præstentur, *l. 4. de serv. præd. rust. l. Mela* 14. *§. ult. de alim. leg.* vel si constituta sunt ei. qui prædium non habet, aut non habet vicinum, Sed & servitus personæ constitui potest, ut pomum decernere, ut spatiari, ut cœnare in alieno liceat; quamquam prædiis non prodest, per *l. quoties 25. in fin. de servicl. l. 5. §. & bello 9. de op. no. nov. nunt. l. 1. §. prætera* 12. *& leg. 3. pr. de aqua quotid. dict. l. Mela 14. in fin. de alim. leg.* Coras. Duar. Costal. *ad l. 8. de servit.* Hotom. 8. *obs.* 20. Cyn. *ad rubr. Cod. de usuf. post* Pet. Hugolin. Glossatores, utut D. Cujac. 24. *obs.* 23. id neget, & ejusmodi pactionibus non servitutem aliquam constitui & acquiri, accedente licet patientia constituentis, sed nudam ac simplicem obligationem, ut patiaris me in tuo ea facere, asserat, secutus *Gloss.* Bart. Castr. *in d. l. 8. de serv.* Cæterum hæ & similes servitutes personales innominatæ sunt & irregulares: nisi eas ad usum referas ad certum modum constitutum, cum D. Donell. 11. *comm.* 1. Nominatarum autem & vulgarium tres dumtaxat species sunt, ususfructus, usus, & habitatio. Operæ enim servorum vix est, ut servitutibus personalibus adnumerari possint: tum quia non ex persona ejus, cui debentur, sed ex persona operarii æstimantur, hoc est, ex persona ejus, qui eas præstat, aut stant, aut intereunt, *l. 2. de oper. serv. l. 2. l. de usufr. leg.* quod & nomen operarum satis ostendit: tum quia non juris sunt, ut vindicari possint, sed totæ in actu & ministerio hominis consistunt, *l. 1. d. t. de oper. serv.* Hotom. *illust.* q. 41. Cujac. 7. *ad African. ad l. quæsitum 37. hoc tit. de usufruct.* Cæterum in plerisque usum vel usumfructum imitantur, *l. 3. 4. de op. serv. l. 2. de usufr. leg. 5. §. ultim. de usufr. quem. cav.* Ex tribus autem istis, quas dixi, princeps species est ususfructus: deque eo solo hoc titulo agitur: de usu & habitatione tit. *seq.* Quatuor autem hic ordine exequitur Imp. Primum docet, quid sit ususfructus; deinde quibus modis constituatur; tum quibus in rebus consistat; postremo quibus modis finiatur.

T E X T U S.

Definitio ususfructus.

Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia: Est autem jus in corpore, quo sublato & ipsum tolli necesse est.

N O T Æ.

Alienis rebus) Hoc commune est omnium servitutum, nemini enim res sua servit, *l. 5. princ. si ususfr. pet. l. 26. præd. urb.* Habet quidem & dominus jus utendi re sua, sed non separatum a jure dominico.

Quo sublato) Vel ita mutato, ut in alienam speciem & nomen transierit, *l. 5. §. 2. 3. & leg. seqq. quib. mod. us. am.* Sumpta hæc *l. 1. & 2. eod.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Quid in definitione proposita verbo juris significetur?*
2. *Quid fructario tribuat tum jus utendi, tum jus fruendi?*
3. *Quid juris sit, si fructuarius nondum perceptis fructibus, aut mercede locationis nondum soluta, decesserit, remissive?*
4. *Colonum, creditorem ἀντιχρήσαντα, legatarium proventus annui jus ad rem tantum, non in re habere.*
5. *Ususfructum formalem semper esse in re aliena: & quo sensu dicatur, in multis pars esse dominii?*
6. *Neque maritum, neque hæredem fiduciarium, neque emphyteutam definitione contineri.*
7. *Quid his verbis definitionis, salva rerum substantia, indicetur?*
8. *In fructu non esse, quod non percipitur ex eo usu, ad quem res parata est.*
9. *Cautionem fructuariam a testatore remitti non posse, ab hærede posse: & quid si fructuarius propter inopiam fidejussorem invenire non possit?*
10. *Quid sibi velit, quod dicitur, sublata corpore usumfructum tolli?*

(1) JUS *alienis utendi fruendi, &c.*) Ex Paulo *l. 1. hoc tit.* Ait, *est jus*. Hoc sic nonnulli accipiunt, quasi dixisset, est servitus personalis, ut definitio contineat genus proximum definiti. Sed parum considerate. Etenim inconcinna & inepta est ista locutio, si dixero, usumfructum esse servitutem utendi fruendi re aliena; quippe cum servitus sit in servitute; uti autem & frui ejus sit, cui servitus debetur, & actio servienti contraria. Jus vim agendi, servitus patiendi significationem habet. Animadvertere debuerant, servitutes omnes jura dici & definiri solere respectu ejus, cui constitutæ sunt tamquam personæ primariæ in hoc jure, atque eodem respectu etiam usumfructum definiri, habita scilicet relatione ad fructuarium. Verbum quoque juris adjungi verbo faciendi, quod cum sit in usu perpetuo juris & omnium Latine loquentium facultatem & potestatem eo vocabulo significari. Nec metuendum est, ne hac significatione admissa, definitio non reciprocetur cum re definita, nam potestatem hanc, sive jus, sequendo definitionis verba sic temperat, ut jura affinia satis hinc removeantur, & porro ex locis, ubi hæc definitio traditur, seriæque tractationis, sponte intelligitur, subaudiri oportere, jus hoc ex constituta servitute competere, & personæ fructuarii coherere.

Utendi fruendi) Forma & finis. Duo autem hæc fere conjungi solent, uti frui, licet fructui usus insit, nec intersit, fructus an ususfructus legetur, *l. per servum 14. §. 1. de usu & hab. l. antepen. de usufr. leg.* nisi corpus, non jus demonstrare volumus, *l. vaccæ 43. de evict.* His autem verbis a fructuario removetur jus omne in rem, præter usum & fruitionem, rei fructuariæ alienatio, mancipiorum manumissio, proprietatis oppignoratio, *l. 6. l. 9. Cod. hoc tit.* (2) Jus utendi hoc tribuit fructuario, ut rem fructuariam tractare & exercere possit ad usum & commoditatem suam, ut tamen id faciat secundum rei conditionem, eamque exerceat ad eum usum, ad quem naturaau patrisfamiliam institutio parata est. Etenim ædibus ut ædibus utendum ad inhabitandum, fundo ad fructum capiendum, servis ad operas, vestimentis ad induendnm, cæteris rebus secundum suam naturam, extra quam qui utitur, abutitur: quod latius explicatur, *l. 13. §. ult. l. 15. §. 1. & seq. eod.* Jus fruendi ei hoc tribuit, ut fructus omnes percipere possit, & percipiendo sibi acquirat, non naturales tantum, qui ex re fructuaria proveniunt, sive sponte, sive opera fructuarii: verum etiam civiles, qui per causam rei obveniunt, puta pretium venditionis, vecturas, mercedes locationis, &c. In summa, omnes reditus, omnis obventio, omnis utilitas, commodum omne, quod vel

ex ipso corpore sive res fructuaria, vel occasione ejus percipitur, fructuarium sequitur, *l. 7. l. arbores 59. §. 1. hoc tit. leg. 13. quib. mod. us. am. l. quis scis 25. l. in pecudum 28. de usur.* Atque hinc recte colligunt DD. ususfructu castri sive jurisdictionis concesso, posse usufructuarium antiquas investituras renovare: Menoch. *lib. 6. conf. 66.* ad eum pertinere mulctas & pœnas pecuniarias, emolumenta sigillis officialium: Schneid. *ad §. 1. hoc tit.* Molin. *ad consuet. Paris.* §. 1. Gloss. 1. *n. 51.* Joann: de Castill. *tract. de usufr. cap. 36. n. 29.* post Bart. Jas. & alios antiquos, legato ususfructu universitatis bonorum, cui jus patronatus annexum sit, jus præsentandi fructuario competere. Menoch. *d. conf. num. 6.* Molin. *d. loc. n. 3.* Castill. *d. cap. 36. n. 35.* ad usufructuarium proprietatis pertinere non tantum canonem annuum, sed etiam, si stante usufructu res emphyteutica alienata sit, laudemium, Clar. §. *Emphyteusi quæst. 23. n. 5.* Chass. *ad consuet. Burg. rubr. 4. §. 6. n. 1.* Castill. *d. cap. num. 45.* Et secundum hos ipse aliquando ex facto consultus respondit, miratus Bachovium qui hoc axioma damnat ut impossibile, ut dictu & auditu absurdum, *not. ad* Treutl. *vol. 1. disp 16. thes. 11.* Sed & apud nos a supremo Senatu judicatum est: bonorum omnium usufructu legato, etiam reditus vitalitios tamquam fructus lucro fructuarii cedere debere, teste D. Jacobo Coreno *observ. rer. a sup. Sen. jud. 7.* (3) Cæterum quod alibi dictum, hoc loco repetendum est, fructuarii non aliter fructus fieri, quam si ipse eos perceperit aut alius ejus nomine; & ideo si maturis fructibus nondum tamen perceptis decesserit, hæredem ejus in iis, qui terra tenentur, nihil juris habere, §. *is vero 26. sup. de rer. div. leg. 13. quib. mod. us. am. l. 8. de ann. l.* An vero idem & in civilibus fructibus, puta usuris, mercedibus locationis, obtinere debeat, ut scil. fructuario ante diem quo solvi debeant mortuo, nihil ad hæredem ejus pertineat; an pro rata temporis, quo ususfructus stetit, inter hæredem ejus & proprietarium dividi debeant, dixi sub *d. §. is vero 26.* De commodis quæ fructuarium sequuntur, qui plura nosse desiderat, adeat Don. 19. *comm.* 7. & 8. Castill. *c. 36. & 37. tract. de usuf.* Habet & colonus & creditor ἀντιχρήσεως, facultatem utendi fruendi re aliena: cæterum illi jus tantum habent ad rem & in personam locatoris aut debitoris, hoc est, locatorem & debitorem ex contractu tantum sibi obligatos habent ad hoc, ut præstent uti frui licere; unde & iis actio eo nomine in personam duntaxat competit, colono, ex conducto, *l. 15. locat.* creditori, in factum *l. 11. §. 1. de pign.* jus autem in rem, & quod proprium eorum dici possit, de quo hic quæri constat, nullum habent: quippe quod non acquiritur, nisi traditum est justa causa, ex qua dominium transferretur, cujusque tuendi & obtinendi causa ad exemplum dominii vindicatio seu confessoria in rem actio prodita est, §. 2. *inf. de act.* Eadem & de legatario proventus annui dici possunt. Sed & hic ipse non fruitur, sed per manus hæredis reditum accipit, *l. fundi 38. de usufr. leg. l. liberto 21. pr. de annu l.* Hotom. *1. illust. 24.* Castill. *d. tract. cap. 4. & 5.*

(4) *Rebus alienis*) Materia. Estque hoc commune omnium servitutum, ut sint in alieno: neque enim res sua ulli servit, *l. in re 26. de serv. præd. urb. l. 5. si ususfr. pet.* Recte, inquis: at non ideo recta definitio, cum non omnis ususfructus servitutis sit, & in re aliena. Duo enim, inquies, sunt genera ususfructus. Est quidam separatus a proprietate, quem, quod per se consistat, & formam propriam habeat separatam a proprietate, formalem Glossa a DD. vocant: est & alius conjunctus cum proprietate, qui, quia competit ex causa proprietatis, causalis vulgo appellatur. Quæ genera indicantur in *l. si cum argumentum 21. §. 3. de except. re. jud. l. 5. si ususfr. pet. l. qui usufr. 58. l. si ita 126. §. 1. de verb. oblig.* Illum quidem dices habere eum, qui dominus non est, in re aliena: hunc autem habere dominum in re sua, ac proinde non posse non vitiosam esse definitionem, quæ minus contineat, quam definitum, videlicet alterum genus dumtaxat, usumfructum formalem. (5) Hæc objectio ne quem moveat, observandum est, verbo ususfructus simpliciter aut absolute enunciato, in toto fere jure, & maxime in quæstione & tractatione de servitutibus, eum solum intelligi, qui proprietate separatus est, non eum, qui alicujus est jure proprietatis; formalem, non causalem, cum, qui servitus est, non qui pars est juris dominici, quemadmodum appellationibus itineris, actus, viæ, aquæductus, tunc solum in jure utimur, cum ista per se habentur sine jure proprietatis, atque ex hoc usu definitionem ita conceptam esse, ut formali tantum conveniat, qui ut solus servitus est, ita & in linea solus habetur. Neque vetus ista & magistralis distinctio ususfructus in formalem & causalem vera est & genuina generis in species divisio, neque pro ea a DD. venditatur: sed potius distinctio nominis πολυσήμου in sua significata. Vid. VVes. *par. hoc text. n. 4.* Castill. *d. tr. c. 1. n. 16.* Pinel. *in l. 1. C. de bon. mat. p. 1. n. 10.* Gomes. *2. res. 15. n. 2. & 3.* Quod si porro quis urgeat, & usumfructum etiam separatum in re fructuarii esse contendat, quia pars dominii dicitur, *l. 4. h. t.* in promptu responsio est; partem dici, non, quod revera pars sit, cum sit servitus; *l. recte 25. de verb. signif.* sed quia in multis casibus, quos exprimit Paul. *d. l. 4.* vice partis fungitur, eodemque jure, quo dominium censetur, propter emolumentum, quod continet, *leg. Mævius 66. §. fundo 6. de legat. 2.* & nimirum dictum hoc accipiemus per comparationem cæterarum servitutum, quæ cum dominio tantam affinitatem non habent. Eo pertinet, quod in venditione bonorum etiam usumfructum venire Ulpian. scribit, quia appellatione dominii fructuarius quoque contineatur, sententia scilicet edicti, *l. 8. in pr. de reb. auct. jud. poss.* quod fructuario de damno infecto caveatur, *l. 13. 1. superficiarum 8. de damn. inf.* quod ad eum pertineat interdictum unde vi, *l. 3. §. unde vi interdictum 13. de vi & vi arm.* quod ususfructus pro parte divisa vel indivisa constitui potest, *l. 5. hoc tit.* Sensit hoc Gloss. *in d. l. 4.* Latius explicuit Div. Connan. *4. com. 6.* Postremo ut demus, usufructuarium respectu juris, quod habet, vere dominum dici posse, semper tamen in re aliena jus suum exercet. (6) Quamobrem neque maritus, neque hæres fiduciarius, neque emphyteuta definitione continentur: quippe quorum omnium res ipsa propria est; quaque illi utuntur jure dominii, quod habent, non jure ususfructus a dominio separati. Maritum verum esse dotis dominum quamdiu constat matrimonium, infinitis locis traditum est, *inst. quib. alien. lic. in pr. leg. 1. prædium 13. §. 2. de fundo dot. l. 7. §. si res 3. de jur. d. t. t. si prædium 23. C. eod.* Hinc & rei dotalis vindicatio marito tributa, *l. docet 9. C. de rei vind.* & mobilium quoque alienatio, *l. 3. §. 2. de fuis & leg. 3. C. de jur. dot. Auth si vero me §. 1. ad SC. Vel.* Hæres quoque, qui rogatus est aliquid ex die aut post mortem suam restituere, interim ejus rei dominus est, non fructuarius, *l. species 15. de aur. arg. l. tantum*, quia

ceden-

cedente die fideicommissi restituenda est, ideo de ea tamquam aliena nonnunquam juris conditores loquuntur, ut Justinian. *l. ult. §. sed quia* 2. *C. com. de legat.* sicut & de re dotali, quia & maritus temporale dominium habet, soluto matrimonio ad mulierem reversurum, *l. 7. §. si fundum* 12. *in fin. sol. matr. l. in rebus* 30. *C. de jure dot.* De emphyteuta major potest esse dubitatio propter dominium directum, quod alius habet. Sed hoc non obstat, quominus & proprietas quædam in re emphyteutica ratione emphyteutæ considerari possit, ut & potest in re feudali respectu vasalli, 2. *feud. tit.* 43. & argumento est, quod emphyteuta potest uni seorsim usumfructum rei emphyteuticæ legare, alteri, deducto eo, proprietatem, *l. 1. pr. quib. mod. us. am.* Jo: de Castill. *tract. de usufr. c.* 39. *n.* 10. & 11. Quid quod emphyteuta etiam ipsum fundum emphyteuticum alteri vendere, donare, & obligare potest, servitutes ei imponere, & quidvis in eo extruere: contra ipsum quoque directum dominum in rem agere, non dico de jure separato, ut fructuarius in re confessoria, sed de re ipsa? *l. 1. & 2. ag. act.* ut plus etiam juris emphyteutæ quam domini in ipsa re habeant: quam ob causam etiam domini prædiorum emphyteuticorum appellantur, *leg. possessores* 12. *C. de fund. patrim. lib.* 11. Emphyteutæ simillimus est superficiarius *l. 1. de superfic. d. l. 1. quib. mod. us. am.*

Salva rerum substantia) id est, si Theophilo & Giphanio credimus, quamdiu res salvæ manserint. (7) Ego vero hoc amplius hac adjectione proprium seu modum indicari arbitror, ut intelligamus, fructuarium ita uti & frui debere, ut rem salvam servet domino; ac proinde hac clausula fructuarium prohiberi, tum rem consumere, causamve proprietatis deteriorem facere, tum in aliam formam rem transmutare. Finge igitur, ovium usumfructum relictum esse, non debet fructuarius eas occidere, ut carne vescatur: hoc enim pugnat cum natura ususfructus. Cui fundi ususfructus legatus est, non debet arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quicquam facere in perniciem proprietatis; *l. 13. §. fructuarius* 4. *hoc t.* Sed si agrum non proscindat, vites non subserat, aquæductus corrumpi patiatur, non intelligitur salva substantia re uti, *d. leg.* 13. §. 2. Ædium usufructu legato non mutabit diætas, vel atria non diruet, & ædificabit nova, *d. l.* 13. §. *sed ædium* 7. nec sic meliorem domini causam facit, *l. 7. in fin. leg.* 8. *leg. usufructuarius* 44. *eodem*. Nam quod traditum est, posse fructuarium causam proprietatis meliorem facere *d. l.* 13. §. 4. hoc sic temperandum est, dum id faciat excolendo quod invenit, qualitate rei non immutata, *d. l.* 13. §. *Sed si ædium* 6. D. Diod. Tuld. *cap.* 4. *hic.* (3) Illud quoque, quod superius leviter attingimus, explicatius considerandum est. Diximus, semper in usufructu usum inesse, *l. 14. §. 1. de usu & hab.* eumque, qui non secundum rei conditionem re utitur, non uti, sed abuti, *l. sed si quid* 15. §. 1. *hoc t.* Hoc autem eo pertinet, ut intelligamus, eum, qui sic utitur, nec recte quidem frui, nec in fructu esse, quod non percipitur ex eo usu, ad quem res parata est. Hinc igitur fructuarii non erunt partus ancillarum, *leg. vetus* 68. *eod.* §. *in pecudum*, 37. *sup. de rer. div. leg. in pecudum*, 28. *de usur.* non enim ancillæ ad hoc habentur, ut pariant, sed ut serviant, *l. ancillarum*, 27. *de hær. pet.* Non pertinebunt ad fructuarium arbores grandes & frugiferæ, *leg.* 11. *leg.* 13. §. 4. *hoc tit.* nimirum quia non habentur, ut succidantur, sed vel ad fructum ferendum, vel ad ornatum umbramve præstandam. Hinc denique est, quod sylvam non cæduam, aut quæ ut cædua a domino habita non est, fructuarius cædere non potest, *l.* 9. §. *ult. eod.* quamvis materiam ex ea succidere ad villæ refectionem & pedamenta in vineam sumere non prohibeatur *leg.* 10. *leg.* 12. *in princip. eod.* ubi late Div. Paul. Bus. Ut igitur dominus securus esse possit de proprietate, desiderante eo, fructuarius cavere cogitur, & usurum se boni viri arbitratu, & cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit, *dict. leg.* 13. *in princ. leg.* 1. & *tot. tit. usufruct. quem. cav.* quæ cautio satisdatio est, *d. leg.* 13. *l.* 4. *C. l.* 7. & *ult. usufr. quem. cav. l.* 7. §. *tutor.* 4. *qui satisd. cog.* & ad omnem usumfructum omnemque fructuarium (excepto patre fructuario adventitiorum, *l.* 6. §. *non a* 2. *leg. ultim.* §. *fin. a* 4. *Cod. de bon. quæ lib.* item fisco per *l.* 1. §. *si ad fiscum* 18. *ut l. nom. cave* & casu, *l.* 9. §. 2. *usufr. quem. cav.* & donatore omnium, aut partis bonorum retento usufr. per *l.* 19. §. 1. *de re jud. cum simil.* pertinet, *d. l.* 13. *h. t. d. l.* 1. §. 1. & *l.* 2. *l.* 9. §. 1. *usufr. quem. cav.* (9) In tantum, ut nec a testatore remitti possit, *l.* 7. *Cod. ut in poss. l. dec. Cur. Holl.* 20. Christ. *vol.* 2. *dec.* 175. *n.* 7. & *seqq.* ne scilicet amoto cautionis metu fructuarius invitetur ad delinquendum, & pro libidine sua in re fructuaria grassandum: sententia ac ratio communis. Vid. Clar. §. *test. quæst.* 64. Gail. 2. *observ.* 145. Joann. Castill. *tract. de usufr. cap.* 15. Qui etiam aliam rationem affert, quod remissio illa quodam modo cum natura, ac fine ususfructus legati pugnare videatur. Illud eodem loco idem recte notat, remissione cautionis facta a testatore non vitiari ipsum legatum ususfructus, sed eam pro non scripta habendam esse per *l.* 6. *ut in possess. leg.* Quod si cautio a testatore remitti non potest, nec poterit confectio inventarii, quæ est necessarium cautionis antecedens, Castill. *d. loc. post. DD. com.* Plane ut cautio ab hærede remitti possit, rationis est, Accurs. Cyn. Bart. Salic. Sichard. ad *l.* 1. *Cod. hoc tit.* Plin. *in l.* 1. *C. de bon. matern. p.* 2. *n.* 76. Gail. *de obs.* 145. Cast. *d. loc. n.* 16. Christ. *d. dec.* 175. Putarem tamen, remissionem non obstare hæredi, quominus cautionem postea ex causa exigat, ut hæc remissio tacitam in se habeat conditionem, si recte utatur fructuarius; eoque jure utimur. Quod si fructuarius cavere non possit, eo quod propter inopiam fidejussorem idoneum non inveniat, an non humanum est, eum admitti oblata cautione juratoria? aut si eo modo non satis prospectum videbitur proprietario, an non res fructuaria apud virum bonum sequestranda est, aut eam retinere proprietarius poterit, qui contra fructuaria recte caveat, ne pereat ultima voluntas defuncti. Placet in magna varietate eorum sententia, qui totam hanc rem boni judicis arbitrio permittendam censent; qui ex personis & re, de qua agitur, tum ex facultatibus fructuarii dispiciat & constituat, quid in proposito debeat fieri, utrum cautio juratoria a proprietario recipienda, (ad quod tamen non facile eum compellet) an vero apud virum honestum res deponi, vel apud ipsum proprietarium remanere debeat, ut in omnem eventum & proprietario satis consultum sit, & fructuarius commodum percipiat; quod eum percipere omnimodo testator voluit. Licebit hic usurpare illud Ulp. in *l.* 2. §. *item Varius* 5. *in fin. de aeq. pl. arc.* Hoc *æquitas suggerit: etsi jure deficiamur*, add. Castill. *d. tr. cap.* 18. *n. ult.* Gail. *observ.* 47. Mynf. 6. *obs.* 48. Fach. 8. *contr.* 40. Wesemb. *par. usufr. qu. cav. num. ult.* Merend. 5. *contr.* 46. Christ. *d. dec. n.* 13. & *seqq.* Sunt & alia one-

onera, quæ fructuario incumbunt, puta si quid reficiendum sit, ut sartatecta præstet, cum distinctione tamen, quæ est in *l. 7. h. t.* ut animalia ægrota curet, gregem ex agnatis capitibus suppleat, in locum arborum demortuarum alias substituat; recte enim colere quasi bonus paterfam. debet: quod & ipsum cautione fructuaria continetur, vid. §. *sed si gregis* 38. *sup. de rer. div.* Hoc amplius etiam onera prædiorum agnoscere cogitur, ut tributa, vectigalia, pensitationes, quæ prædiis imponuntur, *l. 7. §. 2. l. si pendentes* 27. §. 3. *hoc tit.* vid. Castill. *d. tr. c.* 56. & *seq.* Cristin. *vol. 2. dec.* 176. *n.* 1. & 2.

(10) *Est autem jus in corpore, quo sublato*) Sublatum hic accipiamus non omnino quod penitus & totum periit, sed quod esse desit id, quod ante fuit; cujus pristina facies mutata, quod ita vel ampliatum vel minutum est, ut in aliam speciem & nomen transierit, *l.* 5. §. *pen.* & deinceps, usque ad *leg.* 13. *quib. mod. us. am.* Quod si totum corpus tollatur, ne dominium quidem proprietasve remanet. De mutatione rei fructuariæ plenius disputamus ad §. 3. *hoc tit. in calce.*

T E X T U S.

Quibus modis constituitur.

1. *Ususfructus a proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit; ut ecce, si quis usumfructum alicui legaverit; nam hæres nudam habet proprietatem, legatarius vero usumfructum. E contra, si fundum legaverit deducto usufructu, legatarius nudam habet proprietatem, hæres vero usumfructum. Item alii usumfructum; alii, deducto eo, fundum legare potest. Sine testamento vero si quis velit usumfructum alii constituere; pactionibus & stipulationibus id efficere debet. Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum, & ad proprietatem reverti.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Quot & quibus modis ususfructus constituatur, & a proprietate separetur?*
2. *Ad constitutionem & acquisitionem ususfructus solam pactionem non sufficere, sed requiri etiam traditionem, seu factum aliquod traditionem repræsentans; testamento autem constitui ipso jure.*

PLuribus modis) Ususfructus non uno modo a proprietate separatur, & alteri acquiritur. Nam & a lege quibusdam personis constituitur, ut patri bonis filii adventitiis, *l. 6. l. ult. C. de b. m. quæ lib.* §. 1. *infr. per quas pers.* Item patri emancipatori in parte dimidia bonorum adventitiorum filii emancipati, *d. l. 6. §. 3. C.* & §. 2. *infr. d. t.* & a judice in judiciis familiæ erciscundæ & communi dividundo, per adjudicationes scilicet & condemnationes, si res divisionem commode non recipiant, *leg. 6. §. officio* 10. *com. div. l.* & *puto* 16. §. 1. *fam. ercisc. l. 6. §. 1. t.* junct. §. 4. & 5. *inf. de off. jud.* usu quoque nostro & longa quasi possessione, sicut reliquæ servitutes, & ususfructus nobis acquiritur; veluti si quis non dominus usumfructum nobis vendiderit, nos eum per legitimum tempus possederimus, *l. ult. in fin. Cod. de præscript. long. temp.* Hic duos tantum modos recenset Imp. eosque ipsos, quibus servitutes prædiorum constitui dixit in calce præc. tit. ultimam voluntatem, & stipulationes pactionesve.

Ut ecce) Formas legandi, quibus ususfructus constituitur, & a proprietate separatur, tres perspicue explicat; in quibus notandum, verba illa *deducto usufructu* non esse otiosa, sed expressa consulto, ut & in *d. l. 6. h. tit. l. 4. si usufr. pet.* Nam si uni ususfructus, alteri fundus simpliciter legetur, nominatim, non expresso, *detracto usufructu*, ambo in usumfructum concurrent, *leg. si alii* 19. *de usufruct. leg. 6. de usufr. ear. rer.* Neque obstat, quod traditur *dict. leg. puto* 16. §. 1. *fam. erc.* si judex alii fundum, alii usumfructum adjudicaverit, non communicati usumfructum. Nam in judiciis divisoriis hoc agitur, ut a communione discedatur, *l. 1. eod. tit.* Sed etsi uni ususfructus, alteri nuda proprietas legata sit, nemo, opinor, dixerit, usumfructum communicari. Ac ne illud quidem morum nostrorum simplicitati convenit, quod in *d. l. 19. de usufr. leg.* traditur; si testator alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi legaverit, usumfructum contra mentem testatoris communicari. Groenevv. *add. l. 19. tract. de leg. abrog.* Autumn. *conf. jur. ad dict. l. 19.* Cyprian. *cens. Belg. hic.*

(2) *Pactionibus & stipulationibus*) *leg. 3. pr. eod.* Vid. *sup. §. ult. præc.* Pactionibus autem non nudis, sed vestitis, ut magistri loquuntur, iisque, quæ idoneæ sunt ad dominium ipsum transferendum, cujusmodi sunt emptio, permutatio, donatio. Potest ergo quisque dominus usumfructum rei suæ alteri vendere, aut donare, cedereve nuda proprietate retenta, aut rei nudam proprietatem retento usufructu, *l. quod nostrum* 64. *eod. leg. quisquis* 28. *C. de donat.* potest & uni vendere vel donare usumfructum, deinde alteri proprietatem, quam retinuit. Cæterum etiam nuda pactione ususfructus recte constituitur, si ea contractui vel conventioni legitimæ, aut traditioni divisionive in continenti adjiciatur, *dict. l. 28. C. de don. l. Seja* 42. *de mort. cauf. don. eod.* [*arg. l. cum essent.* 33. *de serv. præd. rust. l. vend.* 13. *com. præd. l. in traditionibus* 48. *de pact.* Quod autem de servitutibus prædialibus diximus, eas non acquiri pactionibus solis sine facto aliquo, quod traditionem repræsentet, hoc non minus ad acquisitionem ususfructus pertinet, *leg. 5. de serv. l. 3. h. t. l. 3. de obl. & act. arg. l. traditionibus* 20. *Cod. de pact.* Nam in universum tenendum est, quibus in casibus ad rem corporalem acquirendam requiritur traditio, in iisdem & ad res incorporales acquirendas requiri, quatenus fert earum rerum natura: ut in proposito traditus ususfructus intelligitur, si dominus, a quo est, usufructuarium inducat in fundum, eumve patiatur uti frui, *d. l. 3. hoc t.* Testamento autem constituitur ususfructus ipso jure, ut hic ad acquirendum jus in re & vindicationem, non desideretur traditio hæredis, sed nuda voluntas sufficiat testatoris. Quod jure quidem veteri obtinebat duntaxat, cum ususfructus legatus erat per vindicationem: nam per damnationem legatus facto hæredis præstabatur, teste Paulo 3. *sent.* 6. At hodie idem utriusque legati effectus post exæquationem juris omnium legatorum, §. 2. *inf. de legat. l.* 1. *Cod. comm. de leg.* Ex quo apparet, Tribonianum incuria quadam actionem personalem cum confessoria confudisse, *l. pen. Cod. hoc tit.* quod & locus ipse palam arguit. De legato per damnationem usufructu, accipe *leg. 3. h. tit. l. 2. si usufr. pet.* de legato per vindicationem, *l.* 34. §. *penult. de leg.* 1. *l.* 10. *l. si quis* 29. *de us. leg. l. sed & qui* 25. §. *ultim. hoc tit. l. un.* §. 2. *qu. de us. leg.* add. Pinel. *part. 2. leg. 1. Cod. de bon. mat. num.* 62. Castill. *tr. de usufruct. cap.* 9. VINN. Quod Vinnius hic contendit, Tribonianum, in *l. penult. Cod. de usufruct.* incuria quadam

dam actionem personalem cum reali confudisse, temere dictum, nec in Tribonianum cadere videtur tam supina incuria. Quæstio erat inter veteres, non an ususfructus jam traditus & acquisitus non amittatur, id enim dubio carebat, sed an ususfructus promissus vel legatus; neglectus a stipulante vel legatario, ita non usu perimatur, ut ne actio quidem personalis remaneat. Finge Titio legatum esse usumfructum fundi Corneliani. Potuisset sane uti actione confessoria reali, ad usumfructum illum consequendum: sed Titius id non fecerat per tempus legitimum biennii, quo olim ususfructus rei immobilis non utendo amittebatur. Tunc sane post hæc non poterat uti actione reali confessoria, quia ususfructus non utendo fuerat amissus. At quærebatur, an non ei superesset actio personalis ex testamento. Nihil ergo hic reperias, ex quo Triboniani eluceat incuria. HEIN.

Placuit certis modis extingui) Negligitur hic iterum a Triboniano lex methodi, nisi παρέλκον est, eo quod separato ita usufructu inutilis & ridicula videri poterat proprietas, cum paria sint, non habere dominium, & habere inutile. Transcriptus autem hic locus est Cajo *l.3. §.2. hoc tit.*

TEXTUS.

Quibus in rebus constituitur?

2. *Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo & ædibus, verum etiam in servis, & jumentis, & cæteris rebus: exceptis iis, quæ ipso usu consumuntur. Nam hæ res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum: quo in numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta: quibus proxime est pecunia numerata: namque ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa Senatus censuit, posse etiam earum rerum usufructum constitui, ut tamen eo nomine hæredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniæ ususfructus legatus sit; ita datur legatario, ut ejus fiat, & legatarius satisdet hæredi de tanta pecunia restituenda, si moriatur aut capite minuatur. Cæteræ quoque res ita traduntur legatario, ut ejus fiant: sed æstimatis his satisdatur, ut si moriatur aut capite minuatur, tanta pecunia restituatur, quanti hæ fuerint æstimatæ. Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum, (nec enim poterat) sed per cautionem quasi usumfructum constituit.*

NOTÆ.

2. *Vinum, oleum*) Harum rerum non usus, sed abusus est. Boet. *in top. lib. 2. Utimur his, quæ nobis utentibus permanent: his vero abutimur, quæ nobis utentibus pereunt.*

Quomodo) Expendendo & alienando: ita pecunia interire dicitur apud Cor. Nep. *in Thomist. cap. 2.*

De tanta pecunia restituenda) Clausula cautionis fructuariæ de utendo boni viri arbitratu, *l. 1. us. quem cav.* ad quasi usumfr. non pertinet, & absurdum esse rei dominum talem cautionem præstare.

Si moriatur, aut capite minuatur) Non aliis modis quasi usufr. extingui potest, *l.7. l.10. d. tit.*

Sed æstimatis) Aut cavebitur de rebus ejusdem qualitatis restituendis; quam illud certius & tutius, *l. 7. de us. cav. rer.*

Nec enim poterat) Naturalis enim ratio auctoritate Senatus mutari non potuit, *l. 2. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur verum fungibilium ususfructus constitui non possit?*
2. *In hoc numero rerum non esse vestimenta, contra plerosque, & ipsum adeo Tribonianum firmis rationibus ostenditur.*
3. *Quæ consideratione pecuniæ & quædam alia in hoc genere numerentur?*
4. *An cautio quasi fructuaria sit de substantia quasi ususfructus?*
5. *Partes cautionis quasi fructuariæ expositæ, & notatus insignis error Mynsingeri.*

HOC §. agitur de rebus, in quibus ususfructus constitui potest. Et sciendum est, in rebus omnibus, unde aliqua utilitas aut commoditas qualiscumque percipi potest, usumfructum constitui posse, sive immobiles sint, ut domus, fundus, sive mobiles, ut mancipia, jumenta, supellex &c. in quo differt ususfructus a servitutibus realibus, quæ tantum in prædiis consistunt. Sed & rerum incorporalium ususfructus constitui potest veluti nominum, *l.3. de usufruct. ear. rer.* ut fructuarius rem consecutus ea utatur. Potest & jurisdictionis, quam patrimonialem vocant, ut fructuarius & mulctas & pœnas pecuniarias tamquam fructus jurisdictionis percipiat. (Schneid. hic post alios, quos supra citavi. Neque hic quasi ususfructus est, ut putat D. Bachovius, certe non eo sensu sic appellari potest, quo earum rerum, quæ usu consumuntur, quasi usumfructum esse dicimus; nam jurisdictio non datur fructuario, ut ejus fiat propria, ideoque & eam ipsam finito usufructu restituere debet, eodemque modo cavere, quo fructuarius rei corporalis, quæ fructum recipit, *fac. leg.1. de usufr. leg.* Solæ excipiuntur res, quas utendo consumi necesse est, cujusmodi sunt, vinum, oleum, frumentum, cæteræque res, quæ pondere, numero, mensura constare, & in genere suo functionem recipere dicuntur, *inf. quib. mod. mod. re com. obl. leg. 2. de reb. cred.* (1) Has res, ait Imperator, neque naturali ratione, neque civili usumfructum recipere: scilicet hæc est natura ususfructus, jusque de eo constitutum, ut si in re aliena, sive penes eum, qui dominus rei fructuariæ non sit, isque jus habeat ea re utendi, fructusque ab ea separandi, aut commoda ob causam rei obvenientia percipiendi, ita ut interim res ipsa, cujus proprietas apud alium est, salva & integra maneat, caveatque fructuarius se eam finito usufructu restituturum: quorum nihil in res consumptibiles, hoc est, eas, quæ usu ipso consumuntur & pereunt, cadere posse manifestum est: quippe cum ex iis nulla utilitas percipi queat, nisi consumantur nec consumi res possit, nisi ab eo, cujus propria sit.

(2) *Vestimenta*) Temere atque inconsiderate Tribonianus inter res, quæ usu consumuntur, refert vestimenta. Non enim quæ longiore usu atteruntur, & detrita deteriora fiunt, usu consumi dicuntur; sed quæ utendo protinus tolluntur & delentur, quarumque non nisi in abusu usus est. Alioqui eadem ratione dicendum esset, mobilia fere omnia atque utensilia præsertim linea, ut mappas, mantilia, toralia, eodem numero habenda atque ut vestimentorum, ita & harum rerum non verum, sed quasi usumfructum esse: quod nemo dixerit; neque Ulpian. *leg. hoc titul. de usufruct. earr. quæ us. cons.* cum ait, earum rerum quasi usum-fru-

fructum esse, quæ usu tolluntur vel minuuntur, intelligit res, quæ usu deteriores fiunt, sed quæ per partes consumuntur, veluti si cui ususfructus aliquot modiorum frumenti legatus sit. Illud utique certum est, vestes non esse ex earum rerum numero, quæ in genere suo functionem recipiunt, quarumve datione in creditum ire possumus. Atqui non magis potest extra eas res esse quasi ususfructus quam mutuum. Denique vestimenta in rebus, quæ usu delentur, numeranda non esse, verumque eorum usum arguit, quod alteri commodari, & locari possunt, quod secus est in iis, quæ ipso usu tolluntur, §. *pen. infr. de loc.* junct. *leg.* 3. *commod. in fin.* Dicendum igitur omnino est, ut mancipiorum, jumentorum, supellectilis, aliorumque rerum mobilium, licet usu atterantur, verus est & naturalis ususfructus; ita & vestimentorum esse. Ita propter nsufructu vestimentorum legato, non dabuntur ea legatario, ut ejus fiant, ut pro libitu ea consumere, iisve abuti possit, uti fit legato usufructu rerum fungibilium: sed ut iis utatur, quomodo vir bonus uteretur, *l.*15. §. *& si* 4. *hoc tit.* quod veri ususfructus proprium esse ostendit prima clausula cautionis, quæ vero usufructu desideratur, *l.* 1. *usufr. quem cav.* neque satisdabit legatarius, se ejusdem generis vestes finito usufructu restituturum, aut earum æstimationem, ut fit in usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur, *l.* 7. *hoc tit.* sed rem ipsam & speciem, quam accepit, *l.* 9. §. *pen. usufr. qu. cav.* juxta alteram clausulam cautionis in vero usufructu receptæ. Neque enim hac parte cautionis continetur, ut promissor rem restituat non deteriorem, quam erat tempore constituti ususfructus: satis enim est, si dolo aut culpa ejus deterior facta non sit; nulla vero culpa in eo est, qui utitur quod accepit in eam rem, in quam accipit, ut responsum est de re accommodata deteriore reddita sine culpa commodatarii, *l.*10. *in pr. comm.* ideoque liberatur restituendo corpus, quod superest, aut post usum extat, unde & in proposito formula cautionis non de re ipsa restituenda, sed de eo, quod inde extabit, fere concipi solet, *leg.*1. *in pr. &* §. *ult. usufr. quem. cav.* Sed etsi cautum sit de re ipsa restituenda, idem tamen juris est, ut in hac ipsa specie, quam tractamus. Ulpianus ex Pomponio refert, *dict. l.*9. §. *pen. usufruct. quem cav.* quod cum animadverteret Cantiuncula, putavit, id nescio qua speciali ratione receptum esse in quasi usufructu vestimentorum. Accursius errorem Triboniani duplici commento tegere conatur, uno *in dict. leg.*15. §.4. *hoc tit.* altero ad *hunc* §. Illic, ut ex verbis ejus colligitur, interesse existimat, utrum vestimentorum ususfructus legatus sit tamquam quantitatis, hoc est, æstimatorum, an vero simpliciter, ut cujusvis alterius corporis. Hoc casu fatetur verum usumfructum relictum esse, & restitutione ejus, quod finito usu superest, legatarium liberari, per *dict. leg.* 9. §. *penult. usumfr. quem. cav.* Illo autem casu quasi usumfructum vestium legatum videri, finitoque usufructu reddendam esse æstimationem: quod & Aretin. & Fab. sequuntur, eoque referunt hunc §. At hoc posito, jam non tam vestium quam ipsius pretii quasi ususfructus erit, quod idcirco & solum restituendum, non vestes ejusdem generis: potestque hoc usuvenire & in aliis rebus æstimato utendis fruendis datis, haud absimili ratione, qua species æstimari & in causam mutui converti possunt, *l.*11. *si cert. pet. l.*8. *C. pro eod. l. pro auro* 25. *C. de usufr.* Hoc igitur parum pro Triboniano facit. Locus ipse, unde distinctionem istam collegit Accursius, mendosus videtur, nempe *dict. l.*15. §.4. *h. t.* Neque enim dubito, quin verba illa, *non sicut quantitatis ususfructus legetur*, irreptitia sint, & ab imperito aliquo glossatore profecta, volenti gratificari Triboniano: nam & constructionem turbant, & perplexum efficiunt sensum. Quod miror ante Bachovium neminem observasse. Alterum, quod Accursius ad defensionem Triboniani comminiscitur, est in explicatione hujus §. ubi duo genera vestium facit; unum temporalium; alterum perpetuarum: atque inter hæc genera hoc discrimen ponit, quod in temporalibus fictus, in perpetuis verus ususfructus consistat. Temporalium (de quibus solis hic Tribonianus loquitur) appellatione intelligit quotidianas: perpetuarum, funebres & scenicas: quarum rarior usus. Verum huic distinctioni palam repugnat *d. leg.*11. §.4. & inter quotidianæ & scenicæ vestis usumfructum hoc tantum interesse eo loco & sequent. docet Jurisconsultus, quod scenice a fructuario locari possit, quotidiana non item. Quamvis secundum Accursii distinctionem judicatum tradat Thesaur. *decis.*80. *n.* 1. vestium quotidianarum usufructu legato, cavendum esse de restitutione vestium in eadem bonitate, vel pretii illarum facta æstimatione. Si quid ad excusandum Tribonianum vel quæsito colore afferri potest, illud unum est, quod Don. 10. *comm.* 4. existimat, eum materiarum posuisse pro materia μετονυμικῶς, vestimenta pro lana, unde vestimenta conficiuntur. Vid. *leg. pen. de usufruct. ear. rer.* VINN. Sed hoc duriusculum. Quis enim vestimenta dixerit pro lana? Paulo probabilius conjiciunt, qui inter vestimenta per modum quantitatis, & per modum corporum legata, & in illis quasi usumfructum, in his verum esse arbitrantur, sed tamen nec id facile concipitur, velle aliquem vestimenta legare tamquam quantitatem. Erraverit itaque per hos Tribonianus. HEIN.

Quibus proxima est pecunia numerata) Generali pecuniæ appellatione continentur omnia, quæ in patrimonio sunt, *l.* 5. *leg. pecunia* 222. *de verb. signific.* & ideo ait, pecunia numerata. Qua voce tantum designantur nummi, hoc est, æs, aurum aut argentum signatum, sive publica forma percussum, ut jam non tam usum dominiumque ex substantia præbeat, quam ex quantitate seu valore imposito, *l.* 5. *de contrahend. empt.* Auri autem vel argenti non signati quin usus esse sine abusu possit, veluti vasorum aureorum, vel argenteorum, non est dubitandum, *leg. ultim. usufruct. quem. cav.* Quin & numismatum veterum aureorum, vel argenteorum, quibus pro gemmis ad ornatum uti solet, ususfructus recte legatur, *l. numismatum* 28. *h. t.* VINN. Plura de his numismatibus dixit V. C. Ger. Noodt. *Obs.* 1. 5. Videntur veteres aliquando numismatibus pro gemmis usos in ornandis pueris & puellis infantibus: quale quid etiamnum in Germania fieri novimus. HEIN.

(3) *Quodammodo extinguitur*) Recte, *quodammodo*, non enim ut vinum, oleum, frumentum utendo, ita pecunia permutando absumitur, & revera ac naturaliter perit. Ut enim pecuniam maxime com re permutemus, solvamus, donemus alii; semper tamen manent ipsa corpora nummorum, nec usu delentur. At si spectamus, eum qui pecunia utitur aliquando & expendendo, vi ipsa illi eo usu consumitur & perit. Tam enim eo casu dominus ac possessor esse desinit, quam si con-

consumpsisset. Inter res, quæ usu consumuntur, numerandæ etiam quibus utimur ad medicamenta, ut pharmaca & odores, *l. pen. de usf. ear. rer.* Item quarum ita usus est ad res alias conficiendas, ut nisi mutatæ ad eas conferantur, ipsæ per se prope sint inutiles: qualis est lana, qua ad vestimenta & stragula conficienda utimur, *d. l. pen.* ad quas res si confertur, ipso usu eam perire necesse est: quippe quæ prius nenda & in filum transformanda, deinde ex filo texendum id corpus, quod inde extare volumus, *l. sed si meis 26. de acq. rer. dom.*

Utilitatis causa Senatus censuit) *l. 1. & 2. de us. ear rer.* Quo latior esset morientium voluntas, effectum est Senatusconsulto, ut earum quoque rerum, quæ usu consumuntur, quasi quidam ususfructus constitui possit, utque illi, qui nollent, hujusmodi res pleno & perpetuo jure esse legatarii, usufructu earum legato id consequerentur. In quo constituendo cum Senatus favorem ultimæ voluntatis respexerit, ut apparet ex eo, quod tantum legati harum rerum ususfructus fit mentio, tum hoc loco, tum *tot. tit. eod. leg. usufr. 69. ad leg. Falc.* item apud Ulp. *tit. de leg. §. Senatus 25.* nusquam aliter constitui, non sine causa Hotom. & VVesemb. cum Conan. 4. *comm. 3.* existimant, conventione inter vivos non idem effici posse. Quamquam semel admisso & recepto in legatis harum rerum usufructu, nihil admodum video, quod obstet, quominus id jus produci possit ad conventiones. Plane publica Auctoritate opus fuit, ut ab initio introduceretur. VINN. Ignota est hujus SC. ætas & historia. Quum vero libera adhuc republica id jus ignoraretur: Cicer. *Topic. cap. 3.* & tamen a Masurio Sabino ejus fiat mentio, *leg. 4. §. 1. de usufr. ear. rerum, quæ usu cons.* SC. hoc tempore Augusti vel Tiberii conditum esse, haud abs re conjecit doctissimus Schulting. ad Ulpian. *tit. 24. §. 27. pag. 658. seqq.* HEIN.

Hæredis utiliter caveatur) Datis scilicet fidejussoribus: nam & hæc cautio satisdatio est, ut in vero usufructu, *leg. 8. l. 9. & 10. eod. l. 7. §. 1. usufr. quem. cav.* & bis hoc eodem in loco fit mentio satisdationis. Remedio igitur cautionis introducto, cœpit hic quasi ususfructus haberi, *leg. 2. §. 1. hoc tit.* sive, ut ait Justinian. in calce *hujus §.* Senatus per cautionem quasi usumfructum constituit, imaginem scilicet veri, ut hic quoque apud alium proprietas esse, apud alium ususfructus quodammodo videri possit. Nam licet hæ res ita dentur legatario, ut ejus fiant consumendi causa; tamen propter cautionem, quæ in locum proprietatis rerum apud hæredem succedit, videntur adhuc alienæ, & legatarius usumfructum dumtaxat earum habere: propterea quod finito usu eamdem quantitatem, quam accepit, restituere debet. Est autem hæc cautio non minus necessaria in hoc usufructu, quam alia illa in vero: neque magis quam illa testamento remitti potest, *leg. 1. Cod. de usufr. leg. 6. ut in possess. leg.* Illud quæsitum, an cautio hæc sit de substantia hujus ususfructus. (4) Et si quidem hoc quæratur: an necessario præstanda sit, antequam res utendæ dentur, aut rebus traditis nihilominus exigi possit, res expedita est. Nam & in vero usufructu non ante res ipsa aut fructus transferuntur, quam præstita cautione illius ususfructus propria, *leg. 13. de usufr. leg. 4. Cod. eod.* alioqui & res tradita vindicari, & omissa stipulatio condici potest, *l. 7. usufr. quem. cav.* Si vero hoc, an forma quasi ususfructus in cautione consistat, absurda est & inepta quæstio; cum non magis cautio, quæ in hoc quasi usufructu loco proprietatis est, forma hujus ususfructus dici possit, quam proprietas veri & naturalis. Sed ulterius fortasse quæritur, an non quemadmodum verus ususfructus nullus est sine proprietate, quæ ei ex adverso opponatur, ita nec quasi ususfructus intelligi possit sine cautione, quæ vicem proprietatis subeat. Et certum est, nec quasi usumfructum intelligi posse, nisi sit aliquid, quod repræsentet proprietatem: quod etiam facit cautio, ubi ea præstita est: cæterum ea ab hærede omissa, nihilominus ususfructus intelligitur, atque interim jus exigendi cautionem, & finito usufructu condicendi quantitatem loco proprietatis potestate Senatusconsulti habebitur, *l. 5. §. 1. hoc tit.* ut ne eo quidem sensu cautio omnino necessaria sit, aut de substantia quasi ususfructus. Hoc posito nemo dubitabit, quin cautio hæc ab hærede remitti possit, & fructuarium sine vitio possidentem etiam ante cautionem præstitam commodum rei sequi debeat, ut juris est in vero usufructu: accurate Pinel. *ad leg. 1. Cod. de bon. matern. part. 2. num. 77. & sequentibus*, Castill. *tract. de usufr. cap. 14. & 16.* Plane eatenus de substantia quasi ususfructus cautio esse dici potest, quatenus consideratur ut per eam primum a Senatu introductus & constitutus. Obiter addo, generaliter cautum Senatusconsulto fuisse, ut omnium rerum, quæ in bonis sunt, ususfructus legari possit, *leg. 1. leg. 3. hoc tit. leg. 1. de usufr. leg. l. usufr. 69. ad leg. Fald.* atque ex eo tempore, usufructu bonorum omnium legato, etiam earum rerum quæ usu consumuntur, usumfructum legato contineri intelligi cœpisse, *argum. leg. uxori meæ, 37. de usufr. leg. 1. C. de usufr.* cum ante id Senatusconsultum alio jure Romani uterentur, ut constat ex loco Marci Ciceronis *in Topic. 3.* ubi scribit: *Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legaverit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis, putare, id ad se pertinere. Usus enim*, inquit, *non abusus relictus est.* Add. Alciat. *lib. 7. parerg. cap. 2.* Mantic. *de conjug. ultim. volunt. lib. 9. tit. 6. in princ.* Castill. *dict. tract. cap. 38. num. 10. & 11.* Menoch. *lib. 4. de præsumpt. 142. num. 14.* Plane si rerum mobilium dumtaxat ususfructus relictus sit, res fungibiles legato non contineri verius est. Castill. *dict. loc.*

(5) *De tanta pecunia restituenda; si morietur, aut capite minuetur*) Cautio quasi fructuaria duas partes habet, quarum una est de restitutione, altera de restitutionis modo. Quippe clausula cautionis fructuariæ de utendo boni viri arbitratu ad quasi usumfructum non pertinet, ut recte Castill. *dict. tract. de usufr. cap. 15. num. 13. & 31.* contra communem. Ad restitutionem quod attinet, promittit fructuarius, se restiturum non eadem corpora, quæ accepit, quod consumptis iis fieri non potest; sed tantumdem, sive pecuniæ ususfructus relictus sit, sive vini, olei, frumenti, aut similium rerum. Cæterum ut obviam eatur contentioni, quæ de rei qualitate incidere posset, commodius est in vino & rebus similibus eas dari fructuario æstimatas, eumque certæ pecuniæ nomine cavere; *leg. 7. hoc tit.* atque ita moderandum quod ait Justinianus, *his rebus æstimatis satisdari.* Pars hæc cautionis vel maxime facit, ut, in his rebus velut quidam ususfructus haberi incipiat. Nam quod res restitui debet, videtur aliena; & quod tantundem videtur restitui res ipsa. Sunt enim hæ res ejus naturæ, ut in genere suo functionem reci-

cipiant, hoc est, idem inter se mutuo præstent, dum id genus redditur, *leg.* 2. §. 1. *de reb. cred.* Apparet autem ex hac parte cautionis & obligatione fructuarii, errare Mynsingerus, qui putat, casus fortuitos & rei periculum, tam in quasi usufructu, quam in vero ad proprietarium pertinere: in quo errore & Baldus fuit. Quomodo enim liberabitur fructuarius peremptis rebus, quas non debuit? Promisit alias ejusdem generis, aut æstimationem: promisit incertas: res incertæ perire non possunt. Sed & ipsa rerum proprietas in quasi usufructu revera transfertur in fructuarium. Ut omnino non videam, cur non idem hic obtinere debeat, quod in rebus mutuo datis, quarum periculum præstat qui accepit, §. 2. *infr. quibus modis re contrah. obligat.* Pars altera hujus cautionis est conditio restitutionis, quæ hunc usumfructum etiam a mutuo separat. Ea hæc est, *Si usufructuarius morietur, aut capite minuetur*. Soli enim hi duo casus interponuntur, mortis & capitis diminutionis: quoniam rerum, quæ usu consumuntur, usus aliter amitti non potest, *leg.* 9. *hoc tit.* *l.* 7. §. 1. *usuf. quæ car.* Nam cum harum rerum proprietas in fructuarium transeat, & hoc agatur, ut pro arbitratu suo iis utatur, & non easdem, quas accepit, sed alias ejusdem qualitatis restituat, non potest hic non utendo interitu aut mutatione rem ususfructus extingui. Capitis autem deminutionem accipiemus maximam & mediam duntaxat: nam jus vetus, quo ususfructus omnis etiam minima capitis deminutione peribat, in hac quoque specie mutatum esse a Justiniano, non est ambigendum, *l. penult.* §. *ult. Cod. h. tit. de usufruct.*

TEXTUS.

Quibus modis finitur?

3. *Finitur autem ususfructus morte usufructuarii, & duabus capitis deminutionibus, maxima, & media, & non utendo per modum & tempus, quæ omnia nostra statuit constitutio. Item finitur ususfructus si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, (nam cedendo extraneo nihil agitur) vel ex contrario, si usufructuarius proprietatem rei acquisierit; quæ res consolidatio appellatur. Eo amplius constat, si ædes incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræ motu: vel vitio suo corruerint: extingui usumfructum, & ne areæ quidem usumfructum deberi.*

NOTÆ.

3. *Cedendo extraneo nihil agitur*) Scilicet in persona extranei & respectu intentionis cedentis. Cæterum nihilominus ususfructus ad proprietatem recurrit, *l.* 66. *ff. de jur. dot.* quod plenius probamus *in comm.*

Consolidatio) l. 3. §. *ult.* 6. *de usufru. acc.* a solido jure, solida proprietate, *l.* 9. §. *ult. de acq. pl. arc. l.* 26. *sub fin. de usu leg.* dicitur etiam confusio, *leg.* 4. *uf. quem cav.*

Ne areæ quidem) *leg.* 5. §. 2. *quibus modis usu. amitt.* qui ædes amplius non sunt, (aut nominantur: & ex contrario si areæ fructuariæ domus imposita sit, ususfructus interit, *d. l.* 5. §. 3. Similia habes *l.* 10. §. *ult. l. ult. eod.* Aliud juris est in legato ipsius rei: quippe legata proprietate nihil est in re legata, aut ex ea, quod legato non contineatur, *leg.* 22. *de leg.* 1. §. 18. *Insr. de l.* eademque ratio rei nexæ pignori, *l.* 21. *ff. de pign. action.*

COMMENTARIUS.

1. *Ad quemadmodum adrogatione, ita & adoptione & emancipatione jure veteri ususfructus perierit?*
2. *Admitti posse usumfructum non utendo per modum utendi constitutum, & quis non uti intelligatur?*
3. *Quanto tempore non utendo ususfructus amittatur?*
4. *Usumfructum extraneo cessum ad proprietatem statim reverti, contra VVesp. Pinel. & alios.*
5. *Quando mutatione rei fructuariæ interior species mutata aut non mutata intelligatur?*
6. *Cur placeat, usumfructum aliquando mutatione rei extingui etiam in partibus, quæ mututo toto supersunt, in cætero autem jure qualiscumque mutatio inciderit, si quid adhuc restet, in eo idem jus, quod in toto fuerat, remanere?*

QUid sit ususfructus, quibus modis constituatur, quæ res usumfructum recipiant, intellectum est: restat ultimum ut videamus, quibus modis finiatur. De vero usufructu hoc nunc quæritur: Et in universum finitur tribus ex causis. Aut soluto jure auctoris, veluti si usumfructum sub conditione legatum hæres interim alteri constituerit, & conditio extiterit, *leg. si sub conditione,* 17. *quib. mod. usu amittat.* quod & in reliquo jure a domino constituto similiter accidit. *l. lex vect.*, 31. *de pign.* Aut lege constitutionis, veluti si usufructu ad conditionem vel ad diem constituto, conditio extiterit, aut dies venerit, *leg.* 4. *de usufruct. leg. unic.* §. *ult. quand. dies uf. leg. ced. l.* 5. *l.* 12. *Cod. de usufruct.* Aut natura sua, idque vel ex persona fructuarii, vel ex conjunctione ususfructus cum proprietate, vel ex re ipsa, ut ex subjectis apparebit. VINN. Si accuratius loqui velis, dicendum erit, aliud esse usumfructum FINIRI, aliud eumdem AMITTI. *Finitur* enim ita, ut repeti non possit: *amittitur*, uti repeti possit. Paull. *Recept. Sent. l.* 3. *tit.* 6. §. 28. *seq. Finitur* itaque mortis tempore. *Amittitur* capitis minutione, rei mutatione, non usu, in juris cessione, dominii comparatione. Sed hoc discrimen negligunt Pandectæ. HEIN.

Morte fructuarii) Ex persona fructuarii triplici modo ususfructus finitur. Primum morte ejus, sicut jura omnia, quæ personæ cohærent, cum persona extinguuntur, *leg.* 3. *in fin. hoc tit. l.* 3. *Cod. de usufruct. leg.* 8. §. 3. *de lib. leg. leg. quia tale,* 13. *sol. matrim.* in servo mors domini; in filio superstite post obitum patris, ipsius filii; ante mortuo, ipsius patris spectatur, quasi duplici usufructu constituto, *l. ultim. Cod. de usufruct.* Civitati aut municipibus usumfructum relictum placet centum annos durare: quia is finis vitæ est hominis longævi; *l. an ususfructus,* 56. *de usufruct. leg.* 8. *de usufruct. leg.* Enimvero si interim civitas eversa sit, aut aratrum passa, quasi morte usumfructum habere desinit, *leg. si ususfruct.* 21. *hoc tit.* Adeo autem morte finitur ususfructus, ut licet qualicumque alia ratione amissus repeti possit, morte tamen non possit, nisi forte hæredibus legetur, *leg.* 5. *in princip. eod.* quo facto non tam repetitur, quam novus constituitur in persona hæredum. Nec tamen si ita legatus sit: ad secundos successores pertinebit, sed primis defunctis finietur. Nam in re sui natura non transitoria ad hæredes, hæredis appellatio solum primum hæredem, non ulteriores continet, ut notat Interpret. *ad l. hæredi,* 65. *de verbor. signif.* Cæterum male Cantiunc. Mynsing. Schneid. & Godean. ad *dict. l.* 65. *num.* 7. pu-

putant, eamdem hanc speciem tractari in *leg. rum antiquitas, 16. Cod. de usufruct.* Cum nulla ibi quæstio sit de hærede legatarii, sed testatoris: legatario enim non ususfructus, sed proprietas legata proponitur, sicut Glossa & D. Gothofred. causam formant; quamvis ratio decidendi eadem sit, & in utraque specie tam manifesta, ut Justinianus haud facile mihi persuaserit, veterum quemquam hic hæsitasse. VINN. Omnino hic hæsitarunt veteres: nec probabile est, Justinianum doctrinas liquidas voluisse decidere, id est, cum larvis pugnari. Errant enim, qui utile putabant legatum fundi, cujus usumfructum vellet testator apud hæredem manere. Ita sane sensisse videntur Cajus *l. 6. ff. de usuf.* & Julianus *l. 4. ff. si usufruct. petat.* qui quum fuerint Sabiniani, probabile est, in alia omnia itum esse a Proculejanis. Rem ita decidit Justinianus, ut legatum hujusmodi sit utile, & ususfructus morte hæredis finiatur. Conf. Merill. ad *decis. Justin. 16. p.* 308. HEIN.

Capitis deminutione maxima & media) Hic alter modus est, quo finitur ususfructus ex persona fructuarii & finitimus præcedenti: siquidem & maxima mediaque capitis deminutione mors quædam contingit, nimirum civilis, dum illa libertatem, hæc civitatem adimit, *leg. verum, 63. §. ultim. pro soc. l. 1. §. penult. de bon. possess. contr. tabul. leg. antepen. de regul. jur. §. 1. & 3. supra quibus modis jus patr. potest. solv.* cui consequens est, non magis usumfructum his modis amissum repeti posse, quam amissum morte naturali. (1) Olim etiam amittebatur ususfructus capitis deminutione minima, adrogatione scilicet, vel adoptione, aut emancipatione, teste Paulo *5. sentent. 6. § capitis* & Justiniano *l. penult. §. ult. Cod. de usufruct.* Atque ad hanc speciem tantum referri potest, quod de repetitione ususfructus capitis deminutione amissi legimus cum alibi, tum præsertim *leg. 3. hoc tit.* in quo fallitur D. Connan. *4. comm. 6.* Cur autem veteribus placuerit etiam ea capitis minutione, quæ salva civitate contingit, usumfructum amitti, ratio non tam obscura est, ut plerisque videtur: utique in adrogatione obvia. Nam cum omnia, quæ sunt adrogati, facta adrogatione, ex ratione juris veteris acquirantur adrogatori, *l. si paterfamil. 15. de adopt. leg. penult. §. 2. de bon. possess. secund. tabul.* necesse est, ut ususfructus, qui in persona adrogati amplius consistere nequit, vel simul in adrogatorem transferatur, vel ad proprietatem redeat. Illud ratio juris non patitur: superest ergo, ut redeat ad proprietatem: quod & Justinianus indicat, *§. 1. infr. ad acquirent. per adrogat.* De adoptione & emancipatione idem dici non potest. Unde Bachovius existimat, jus illud vetus pertinuisse duntaxat ad adrogationem. Sed tamen Paulus *dict. loc.* expresse testatur etiam de adoptione, & de ea quidem in specie, quæ adrogationi opponitur. Ait, enim, *Si ex adrogatione vel adoptione statum mutaverit.* Et Justinianus *dict. leg. penult.* etiam de emancipatione, & alioqui & frustra dubitatum fuisset, an emancipatione filii ususfructus per eum patri quæsitus extingueretur, *leg. ultim. Cod. eod.* Verum enim vero cum ex constitutione juris antiqui filiusfamilias nihil proprium haberet præter castrense peculium, non potuit extra causam illius peculii de usufructu, quem filius ipse haberet, amittendo disputari. Solum potuit tunc, cum ex peculio castrensi usufructum sibi comparasset: nam empta ex peculio castrensi conditionem illius peculii sequuntur, *leg. 1. Cod. de castrens. pecul. lib. 12.* cujusmodi etiam speciem proponit Justinianus, *dict. leg. penult.* & ait, usumfructum ex ea causa filio quæsitum per emancipationem, ex definitione juris veteris periisse: quod haud dubie in adoptione quoque obtinuit, cum plane eadem sit utriusque in proposito ratio. Non enim alia de causa ususfructus his modis intercidit, quam quia fructuarius, mutata familia & priore statu personæ, alius esse credebatur ab eo qui ante fuerat redactus etiam antea in imaginariam servilem causam, *leg. 3. §. 1. de cap. minut. leg. ultim. Cod. de emanc. liber.* An vero ususfructus, sic juris subtilitate extinctus, ex edicto de capitis minutis restituendus fuerit, sicut pleræque obligationes eodem modo amissæ restituebantur, non definio. Affirmat id quidem D. Bachovius: etenim neque jura omnia capitis deminutione amissa restituebantur, veluti tutelæ, hæreditatis legitimæ: & obligationes ideo Prætor restituebat, ne contra naturalem æquitatem alteri per alterum iniqua conditio inferretur. Emancipatus vero aut datus in adoptionem de facto alieno queri non possunt: est enim quid sibi imputent, quod scilicet passi sint se emancipari aut in adoptionem dari, cum id pati non cogerentur, *leg. 5. de adopt. leg. penult. Cod. de emancipat. liber.* Paulus *2. sentent. 25.* Quocumque modo res se habeat, constat Justinianum jus vetus, quo ususfructus capitis minutione amittebatur, abolevisse, quantum attinet ad eam, quæ salva civitate contingit, *dict. leg. penult. §. ultim.* & voluisse usumfructum etiam simpliciter filio relictum, mortuo patre, etiam post emancipationem filii, in persona filii, durare, *leg. ultim. Cod. eod.* Enimvero ita demum amittebatur capitis deminutione ususfructus, si jam constitutus erat: ceterum si ante aditam hæreditatem aut ante diem ususfructus cedentem quis capite minutus fuerat, non amittebatur, *leg. 1. §. 1. hoc titul.* Item si ususfructus relictus erat, non si plures, veluti si ususfructus legatus fuisset in singulos annos, vel menses, vel dies. Hic enim quia commemoratio temporum repetitionis potestatem habet *leg. 2. §. 1. eod.* placebat, per singula tempora adjectam diem cedere, & illius anni, mensis, diei usum fructum amitti, qui jam processerat, *dict. leg. 1. §. ult.* quarum rerum evidens jure veteri effectus fuit. Ex his, quæ dicta sunt, manifestum est, Tribonianum interpolasse, *l. 1. de usufruct. leg.* & verba illa, *ex magna causa*, quæ in calce sunt, responso Jureconsulti assuisse. Ruffand. *in not. ad dict. l. 1.* Cujac. *hic*, Castill. *tract. de usufruct. cap. 66. num. 16.*

(2) *Non utendo per modum*) Postremo finitur ususfructus ex persona fructuarii non utendo: & siquidem omnino non usus est, nullum dubium est, quin pereat ususfructus; sed quæritur, an & non utendo per modum recte dicatur amitti, vel potius, an talis aliquis modus utenti in constituendo usufructu præstitui possit, ad quem si non utatur fructuarius, usumfructum amittat. Negat id Bachovius, erroris Tribonianum insimulans. At ego non video, cur non possit. Nam si verbi causa Titio legaverim usumfructum ædium eo modo præscripto, ut æstate habitaret, isque habitaverit hieme; vel si silvæ usumfructum alicui legaverim, ut certo tempore & modo silvam cæderet, & ceciderit alio tempore & modo, per *leg. 2. de acquir. aut. leg. 10. §. 1. & sec. leg. 18. quem. serv. amitt.* non videbitur usus, qui ad suum modum, τὸν ἐφ᾽ ἐαυτοῦ [illegible], usus non est. Non uti autem intelligitur, qui neque per se utitur, neque per alios, qui negotia ejus gerunt, aut quibus usumfructum vendidit, locavit, gratis concessit,

ſit, *lege non utitur*, 38. *de uſuſruct.* Quid vero ſi nec iſti utantur? Et intereſt, donatarius non utatur, an emptor conductorve: nam illo caſu uſusfructus perit; hoc retinetur propter fruitionem pretii, aut mercedis. Nam qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui utitur fruitur principali re, *dict. leg. non utitur*, 38. & 2. *ſeqq.* Poteſt vero uſusfructus & pro parte non utendo amitti, *leg.* 5. *dict. tit. leg. excepta*, 14. *leg. placet*, 25. *hoc tit. quib. mod. uſu amitt.* & eum quoque, qui uſumfructum habet, ſi uſus tantum ſit, non etiam fruitus, placet uſumfructum amittere. Cæterum hoc ita, ſi ignorabat ſe uſumfructum habere, non ſi ſciebat, *leg. is qui*, 20. *eodem*. VINN. Nec Bachovio jus fuiſſe videtur, erroris hic inſimulare Tribonianum, nec auctori noſtro ratio tradendi, uſumfructum non utendo ad certum modum amitti. Id enim nuſquam docent jura noſtra, nec hic docere videtur Tribonianus. Nam ſane (1) *uti per* modum Latinis non eſt uti ad certum modum, ſecundum legem uſufructuario præſcriptam. Et (2) Imperator hic ſe refert ad conſtitutionem ſuam, puta ad *leg.* 16. *Cod. de uſufruct.* ubi tamen nihil de hoc modo amittendi uſumfructum. Accedit (3) quod non opus ſit uſufructu privari eos, qui jure ſuo abutuntur, quum cautio uſufructuaria tunc committatur, eoque ipſo ſatis conſultum ſit proprietario. Vidit hoc Vir eximius Ger. Noodr. *de uſufr. l.* 11. *cap.* 9. ubi verba *non utendo per modum & tempus explicat per figuram* ἓν διὰ δυοῖν, ut ſenſus ſit amitti uſumfructum, ſi quis non uſus ſit per modum temporis a Juſtiniano conſtituti. Aſt exiſtimo claram rem eſſe ex *dict. leg.* 16. *Cod. de uſufruct.* ubi Juſtinianus ſanxit, ut uſusfructus expiraret præſcriptione X. vel XX. annorum. En tempus. Quia autem præſcriptio nulla eſt, niſi adſit continua poſſeſſio, facile patet, uſufructuarium non utendo non amittere jus ſuum, niſi alter rem continuo & quiete poſſederit. Ergo non uſus poſſidentis non nocet, ſed talem eſſe oportet in uſum, qui cum poſſeſſione non ſit conjunctus. En modum. Ita nos: quam recte, alii viderint. HEIN.

(3) *Et tempus*) Quod diximus, non utendo finiri uſumfructum, id ita eſt, ſi fructuarius uſus non ſit per tempus conſtitutum, intra quod ſi quis uſus non ſit, placeat uſumfructum amitti. Id tempus, cum olim brevius eſſet, Juſtinianus revocavit ad ea ſpatia, quæ ipſe præfinivit uſucapionibus, *leg. corruptionem*, 16. *penult.* §. 1. *Cod. hoc tit. de uſufruct.* Igitur rei mobilis uſusfructus amittetur non utendo per triennium. rei immobilis per decem annos inter præſentes, per viginti inter abſentes, *arg. leg. unic. Cod. de uſucap. transform.* & *infr. de uſucap. in princ.* Atque hæc ſane temporum diſtinctio optime convenit tum rationi juris, tum ſententiæ quoque ipſius Juſtiniani *in dict. leg. penult.* §. 1. Cæterum ſecum ipſe pugnare videtur, dum *in l. penult. Cod. de ſervit.* conſtituit, ut eodem tempore & rei mobilis & immobilis uſusfructus non utendo amittatur; & tamen quod ſubjicit de ſervitutibus prædiorum ſimiliter non utendo amittendis; quia tantummodo ſolis rebus annexæ ſint, hoc iis tantum commune eſt cum uſufructu rerum immobilium, & ita dicitur, quaſi in amittendo uſufructu pro diverſitate rerum tempora ante diſtinxiſſet.

Si domino proprietatis cedatur) Cum vel proprietarius voluntate aut facto fructuarii uſumfructum, vel fructuarius voluntate proprietarii proprietatem adipiſcitur: ea res in ſpecie a Juſtiniano conſolidatio dicitur. In genere autem quævis uſusfructus cum proprietate conjunctio ſive confuſio conſolidatio eſt. Nam & morte fructuarii, & capitis deminutione, & non utendo conſolidatur uſusfructus cum proprietate, *l.* 3. *in fin. de uſuf. accreſc.* §. *ſeq. eod.* Eſt autem hæc ſpecies amiſſionis & ipſa ex natura uſusfructus. Nam cum in una & eadem perſona proprietas & uſusfructus concurrunt, ſolidam unus proprietatem nanciſcitur, neque amplius jus utendi fruendi ſeparatum intelligi poteſt, hoc eſt uſusfructus formalis, de quo hic quæritur, perit.

Cedendo extraneo nihil agitur) Cedendo ſcilicet in jure: nam extra jus, etſi verbum cedere accipimus pro quovis modo concedere, atque jus aliquod alteri conſtituere, etiam fructuarium legimus poſſe ita jus ſuum cedere extraneo, ut patiatur eum uti frui, *leg. uſusfructus*, 57. *ſol. matrimon.* & eum, cui habitatio legata eſt, poſſe eam alteri cedere, hoc eſt, locare, aut vendere, *leg. cum antiquitas*, 13. *Cod. de uſufruct.* Diverſi juris ratio mox indicabitur. Verba autem hæc, *nihil agitur*, Weſemb. *par. h. tit.* Pinell. 1. *de bonis matern. part.* 3. *num.* 39. Joann. Caſtill. *tract. de uſufruct. cap.* 69. *num.* 20. & *ſeqq.* Bronch. 1. *aſſ.* 91. ſic accipiunt, quaſi dixiſſet Imper. cedendo extraneo uſusfructus non finitur, non redit ad dominum proprietatis, nec ad extraneum tranſit, nulli ea ceſſio aut damnum affert aut lucrum: quibus accedit & Ant. Matthæus. (4) Verum ego exiſtimo, quod & frequentius placuit, id quod hic dicitur, nihil agi, referendum eſſe ad intentionem cedentis & diverſum exitum ceſſionis, quia uſusfructus in extraneum, qui ceſſus eſt, non tranſit, ſive quia per ceſſionem extraneo factam non finitur, tranſeundo ut fit cum ceditur domino proprietatis: nihilominus tamen ex accidenti & præter mentem cedentis contingere, ut & hic finiatur, atque ad proprietatem redeat, cum a perſona diſcedere ſine interitu ſuo non poſſit, *l. vel ſi*, 15. *famil. erciſc.* Atque ita in terminis diſerte reſponſum eſt a Pomponio, *leg. ſi uſusfructus*, 66. *de jur. dot.* Quæritur eo loco qua ratione uſusfructus in dotem marito datus a domino proprietatis, ſoluto matrimonio, mulieri ſine fraude ipſius reddi poſſit, & ait Juriſconſultus, a fructuario cedi non poſſe niſi domino proprietatis, & ſi extraneo cedatur, nihil ad eum tranſire, ſed ad dominum proprietatis reverſurum uſumfructum. Quia igitur in propoſito ceſſio mulieri damnoſa foret recurrente uſufructu ad proprietatem, hoc conſilii Juriſconſultus dat, ut uſusfructus mulieri locetur, vel vendatur uno nummo: ita fore, ut ipſo jure penes maritum remanente, facultatem fructuum percipiendorum mulier conſequatur. Hoc reſponſum non ſatis penſiculate examinaſſe videntur auctores paulo ante memorati, dum negant, ex eo effici, (quod nos dicimus) uſumfructum, ſtatim ut ceſſus eſt extraneo, ad proprietatem redire: ſed hoc ſaltem, rediturum ſuo tempore, ſcilicet morte fructuarii aut aliis modis finitum. Nam hoc etiam futurum eſt, remedio, quod Juriſconſultus ſuggerit, adhibito. Sed & quod ait, eo demum adhibito jus ipſum penes maritum remanere, certum argumentum eſt eo omiſſo non remanere. Poſtremo ſi non ſtatim poſt ceſſionem cum proprietate uſusfructus conjungitur, nullum mulieri præjudicium maritus cedendo faciet, conſequeturque mulieri idipſum quod quærebatur, & quo nihil amplius deſiderare poteſt, perceptionem fructuum, uſque dum morte mariti uſusfructus finiatur. Quorſum igitur conſilium Juriſconſulti? Aut cur negat in propoſito quicquam tranſire?

Non

Non est contrarium, quod fructuarius jus suum cuivis extraneo vendere, aut gratis etiam concedere potest, §. 1. *infr. tit. prox. l.12. §. 2. l. non utitur*, 38. *de usuf.* Nam qui vendit usumfructum, aut alteri concedit, non hoc agere intelligitur, ut jus omne totum, quod habet, a se dimittat, & transferat in alium, sed ut retento jure, quod ex constitutione personæ ejus inhæret, facultas tantum fructuum percipiendorum ad alium pertineat, quamdiu jus illud in persona sua durabit. Quod & ipsum etiam tunc obtinet, cum usufructus venditus est domino proprietatis, *l. Pomponius* 29.§.1. *hoc tit. quib. mod. usufr. am.* indeque est, quod finiri dicitur usufructus, non si vendatur proprietario, sed si cedatur. Quod nescio an quis alius animadverterit. Cessio autem verum est & proprium alienationis genus, quæ fiebat in jure apud Prætorem, quaque id agebatur, ut a cedente jus omne, quo habebat, penitus abiret, & transferretur in eum, cui cedebatur. Cujus meminit Cicer. *in Top.* & Boet. *ibidem*, item Ulpian. *in frag. tit.* 11. & 19. Paul. 5. *sentent.* 6. Igitur in proposito, discedente per cessionem a persona cedentis fructuarii omni jure, quod ante habebat, duorum alterum evenire necesse est, ut aut in eum, cui cessus est, usufructus transeat, & novus constituatur fructuarius, aut revertatur ad dominum proprietatis. Illud ut fiat, ratio juris non finit; relinquitur ergo alterum, ut usufructus ad proprietatem recurrat, & consolidatione finiatur. Similia sunt, quæ de tutela & hæreditate cessa, notat Ulpian. *dict. titul.* 11. § 6. & *dict. titul.* 19. §. 13. Non adeo magni momenti sunt, quæ porro huic sententiæ objiciuntur, veluti quod ea, quæ personæ cohærent, facto ejus mutari non possunt, *l. ea quidem*, 5. *Codice si mauc. ita fuerit alien.* Nihil enim minus hic verum est; alioqui ne ipsi quidem domino usufructus cedi posset. Item quod non præstent impedimentum, quæ de jure non sortiuntur effectum, *ca pit. non præstat. de reg. jur. in* 6. Siquidem novum non est, ut quæ de jure non sortiuntur effectum, quod aliis noceat, noceant tamen ei, qui fecit, *leg.* 3. *qui & a quib. man. pr. sup. quibus ex cauf. man.* junct. *l.* 5. *Codice de serv. pign. dat. man.* §. *ult. infr. de donat. leg. hæres* 28. *qui & quib. man.* junct. *l. si quis inquilinos* 112. §. 1. *de leg.* 1. *l. actiones* 65. §. 3. *pro soc.* sufficitque ad hoc, peccatum esse ignorantia juris, licet delictum proprie non versetur, *argum. leg. regula* 9. *in princ.* & §. *si quis* 5. *de jur. & fact. ign. l.cum quis* 10. *Codice de jur. & fact. ign. l. error*, 9. *Codice ad leg. Falcid.* & passim alias. Quæ non valent, ut fiunt, puniuntur, quia non fiunt uti oporter, *titul. de his quæ ut indign. auf. tit. de jur. fisc. & similib.* In summa non est novum, ut quod de jure non sortitur effectum ratione unius, ut ei prosit, sortiatur tamen respectu alterius, ut ei noceat. Exempla in *leg. plane* 24. *princ. de leg.* 1. *l. licet* 20. *l. legatum* 24.§. 1. *de adimpl. leg.* sicut nec illud, ut qui male agit, nihil agere dicatur, *princ. Inst. quibus ex cauf. manf.* junct. *l.*5. *de serv. pignor. dat. man. l.*13. *de donat.*junct. *l.*37. §.*ult. de acq. rer. dom.*

Ne areæ quidem usumfructum deberi) Supervacuum foret monere, sublata re fructuaria usumfructum extingui, si nihil aliud eo significaretur, quam finiri usumfructum interitu totius rei. Sed sciendum est, hoc etiam pertinere ad eas res, quarum species interior & forma mutatur, licet post mutationem pleræque partes maneant, quæ erant ejusdem corporis, in quo usufructus consistebat: nam & hic desinit esse quod prius fuerat, perinde usufructus extinguitur, ac si ea in totum sublata esset, nullaque ejus pars amplius in rerum natura existeret. Quod multis rerum exemplis declaratur, *l.*5. §.*pen.* & *ult.* & porro usque ad *l.* 13. *item l. pen.* & *ult. hoc tit. l. qui usumfructum* 36. *de usufr.* Cæterum etsi magna mutatio in re facta sit, si tamen ea priorem rei speciem non prorsus tollat, placet usumfructum manere, *l.*8. & 2. *seqq. hoc tit. l. si cui* 53. *de usufr.* (5) Hoc igitur videndum, quando mutatione rei facta, forma seu species prior mutata intelligi debeat. Et de eo statuendum ex mutatione nominis, tenendaque generalis hæc notio, si talis mutatio inciderit, ut res propterea in aliud nomen transeat, prius amittat, formam etiam rei mutatam censeri, & usumfructum interire; sin post mutationem vetus nomen maneat, non videri speciem mutatam, atque usumfructum retineri. Non sane quia nomen quidquam pertineat ad substantiam rei, sed quia ex nomine, ut ex posteriori, quale quidque sit, intelligitur; a forma enim res nomen accipit, atque mutata iterum amittit, indeque est, quod per nomina dicimur cognoscere & dignoscere rerum naturas, auctore Platone *in Cratil.* Ad priorem mutationis speciem pertinet exemplum, quod hic & in *dict. leg.* 5. §.*pen.* affertur de ædibus, quarum usufructus legatus erat, sublatis: nam sublata superficie, quia ædes amplius non sunt, aut nominantur, forma rei mutata intelligitur, ideoque nec areæ, quæ adhuc superest, licet pars ædium fuerit *l. domo* 11. *de pign. act.* l. *qui res* 98. *sub fin. de solut.* usufructus debetur. Ex contrario quoque si in area, cujus usufructus legatus est, domus posita sit, ex mutato nomine rem mutatam intelligimus, & usumfructum interire, *dict. leg.* 5. §. *ult.* Similiter si quadrigæ usufructu legato, vel unus ex equis decesserit, vel gregis usufructu legato numerus ovium ad eam paucitatem redactus sit, ut gregem non constituat, una cum nomine quadrigæ aut gregis usufructus extinguitur, *l. quid tamen* 10. §.*ult. l.ult. eodem*. Eamdemque rationem habet, quod pecorum usufructu relicto, si quæ pecora moriantur, adeo pereat usufructus, ut nec carnis, aut corii supersit, *l. pen. quibus mod. usufr. am.* Posterioris generis exemplum est, si fundi usufructus legatus sit, & villa diruta: nam hic cum nomine fundi, cujus villa tantum accessio est, usumfructum manere placet, *l.* 8. *l.* 9. & *dict. leg.* 10. *in princ. eodem*. Item si pars ædium in quibus usufructus constitutus erat, licet maxima, corruerit, pars tamen homogenea, quæ superest, ut nomen, ita & usumfructum retinet etiam totius soli, *l. si cui* 53. *hoc tit. de usufr.* Quæritur autem hujus juris ratio, & omnino cur placeat, vel aliquando usumfructum rei mutatione extingui, & in iis etiam partibus, quæ mutato toto adhuc extant: nam in cætero jure generaliter atque indistincte receptum est, ut re mutata, qualiscunque mutatio facta sit, si quid adhuc restet, in eo jus idem, quod prius in toto constitutum erat, remaneat. Ut ecce insula legata combusta est, area nihilominus vindicari potest, *l. si grege* 22. *de legat.* 1. Domus pignori obligata est, sublatæ superficiei area pignori obligata manet, *l. domo* 21. *de pignor. act. l. Paulus* 19. §. 2. *de pignor.* Grex legatus est, & postea numerus ovium in tantum decrevit, ut grex non intelligatur, tamen capita, quæ supersunt, vindicari possunt, *d. leg.*22. *de legat.*1. Pecora legata mortua, etiam [illegible] ex legati causa

fa debentur, *l. quid ergo 53. §. sed si 5. de legat. 1.*
junct. *l. solum 49. de rei vind. l.14. §.2. de condit. furt.*
Cur omnia contra in legato usufructu rei? Probabile
est, quod Domin. Bachovius respondet, dicam autem,
si possum, explicatius) ideo in proposito aliud in usu-
fructu, aliud in *proprietate* legata placuisse, & usum-
fructum amitti, quia incidente ea, quam dixi, muta-
tione, res amplius eum usum præstare aut pati non
potest, qui fuit tempore testamenti facti & quem so-
lum testator legasse censeri debet, non alium quem
aliquando res mutata præbere posset: atque omnino
finito eo usu, quem tunc res habebat, solidam pro-
prietatem ad eum pertinere voluisse, cui eam nudam
interim reliquerat. Constat autem, longe alium usum
esse ædium, alium areæ, alium gregis sive universita-
tis, alium singulorum capitum, alium pecoris, alium
corii, *l. quid ergo 70. §. 3. de usufr.* Cum vero res
ipsa aut proprietas rei legatur, nihil est in re legata,
aut ex ea, quod dici possit legato non contineri. Pro-
prietas unjusmodi est, eadem totius & singularum par-
tium: unde & toto dissoluto aut mutato, partium, quæ
supersunt, proprietas manet. Eademque ratio est rei
nexæ seu pignori obligatæ. Plane si universorum bono-
rum ususfructus legetur, quæcumque in toto aliqua
mutatio contingit, semper partis, quæ post muta-
tionem manet, ususfructus debetur, & talem qualem
pati potest, præstabit, scilicet quia sub appellatione
bonorum etiam separatim partim illius ususfructus lega-
tus est, *l. quoties 34. §. ult. de usufr.*

TEXTUS.

Si finitus sit.

4. *Cum autem finitus fuerit totus ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem, & ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.*

NOTÆ.

4. *Finitus fuerit totus*) Diserte *totus*. Quippe qui inter se jus habent accrescendi, *l. 1. & totum titulum de usufr. accresc.* Vide fusius in *commentar.*

COMMENTARIUS.

1. *Propria juris accrescendi inter plures in eumdem usumfructum conjunctos.*

Totus *ususfructus*) Cum ususfructus in totum finitus est, ad proprietatem, unde discesserat, revertitur: atque ex eo tempore, qui ante formalis erat, causalis incipit esse, ut vulgus Interpp. loqui amat. Ait autem diserte, si *finitus fuerit totus*: nam si pro parte tantum, ita demum pro parte amissa ad proprietatem redit, si non plures in eumdem usumfructum conjuncti sunt, aut conjuncti omnes eum amiserunt, *l. 2. princ. & §.3. l.3. de usufr. accr.* (1) Conjuncti inter se jus accrescendi habent: de quo jure ex professo dicendum sub §. *si eadem 8. inf. de leg.* tantum quæ propria hujus juris sunt in usufructu hic obiter notabimus. Sunt autem maxime duo; unum est in parte deficiente, & accrescente in quo hoc singulare, quod & quæsita & de amissa jus accrescendi admittat, sive conjuncto accrescat, *d. l.1. §.3.* alterum in persona ejus cui accrescit, ut & jus accrescendi habeat, qui suam partem vel non agnovit, vel agnitam amisit, *l.10. eod.* quorum neutrum obtinet in proprietate pluribus legata, aut in pluribus hæredibus ad eam hæreditatem vocatis. In his enim sic jus est, primum ut nunquam unius portio, quam semel agnovit, alteri collegatario vel cohæredi accrescat: deinde ut ita demum deficientis seu legatarii seu hæredis portio accrescat alteri, si is portionem suam agnovit, & agnitam habet, *d. §. si eadem 8. l. qui ex duabus 53. §.1. de acq. hær. l.3. §. ult. & 2. ll. seqq. de bon. poss. l. si ex pluribus 9. de suis & leg. hær. l. un. §. his ita 10. & seqq. Cod. de cad. toll.* Diversi juris rationem ex Celso & Juliano indicat Ulp. *d. l.1. §. 3.* quia ususfructus quotidie constituitur & legatur, non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicari potest, hoc est, quo nondum quæsita est. Hæc una ratio utrumque hoc, quod proprium in usufructu esse diximus, efficit, ut scilicet & amissus alteri conjuncto, utpote cui is adhuc legari intelligitur, accrescat, & accrescat etiam non agnoscenti vel amittenti portionem suam; quippe cui & ipsi ea portio quam non amisit, adhuc legari intelligatur. Hinc illa veterum, *ususfructus non portioni, sed homini accrescit, l.14. §.1. de exc. rei judic.* Item, *pretio fundi velut alluvio portioni, personæ fructus accrescit*. Papin. *l. si Titio 33. in fin. h. t. de usufr.* Consul. Don. 10. comm. 23. Jo. Suev. 1. *de jur. accr.* 4. & Clariss. JC. B. M. D. Corn. Syvanemburg. in libello suo posthumo *de jur. accr. c. 4.*

TITULUS QUINTUS.

DE USU, ET HABITATIONE

Dig. Lib. 7. Tit. 8. C. Lib. 3. Tit. 33.

Continuatio: quid sit usus, quid uti; quæ oneræ usuario incumbant?

Ex tribus servitutum personalium formis una & præcipua superiore titulo explicata est, ususfructus: sequuntur duæ reliquæ usus & habitatio; ac de utraque conjunctim nunc agitur hoc titulo. Primum de usu, quibus modis constituatur & amittatur, digito ostenditur; mox quid contineat, accurate docetur exemplis usus fundi, ædium, servorum, pecorum: postremo tractatur de habitatione. Quo peracto, aperitur aditus ad modos acquirendi jure civili. Usum sic recte definiemus, jus alienis rebus utendi, salva rerum substantia. Usus est jus, sicut & ususfructus, & prædiorum quoque servitutes jura sunt, & dicuntur respectu ejus, cui debentur. Est jus utendi, non etiam fruendi, nam fructui quidem usus inest, at usui fructus deest, *l.14. §. h. t.* Uti est, rem tractare & exercere ad commoditatem aliquam ex ea percipiendam, quæ secundum rei conditionem inde percipi potest. Atque hoc usui commune est cum usufructu, quod uterque in commoditate ex re percipienda versatur: verum hoc interest, quod nudus usus quotidiana utentis sufficientia, & consumptione terminatur, ususfructus omne rei emolumentum continet. Est igitur usus jus utendi duntaxat, non etiam fruendi: sed de eo postea magis serio. Cætera definitionis etiam usuifructui conveniunt: nam nec usus rei propriæ separatus intelligitur, & usuarius ita etiam uti debet, ut ne rem consumat aut transformet, causamve proprietatis de-

deteriorem faciat, eoque nomine cavere, scilicet adempta fructus causa, usurum se boni viri arbitratu, & cum usus finitus erit, restituturum quod inde extabit, *l. 5. §. 1. l. pen. us. quem cap. l. pen. §. 2. h. tit.* quod mirum est negare D. Giphanium. In aliis oneribus hæc distinctio placuit, ut si omnis fructus ad usuarium redit, etiam onera, puta tributa, & impensas refectionis culturæve, ferre debeat, si ad proprietarium, hunc onera sequantur; si vero ad utrumque, pro rata dividantur, *l. si domus 18. eod.*

TEXTUS.

Communia de usufructu & usu.

Iisdem illis modis, quibus ususfructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet: iisdem illis modis finitur, quibus & ususfructus desinit.

COMMENTARIUS.

1. *Quid inter usum & usumfructum intersit, tum in constituendo, tum in amittendo?*

Ait, iisdem modis nudum usum constitui solere, iisdemque modis amitti, quibus ususfructus constituitur & desinit, idemque traditur *l. 3. §. ultim. de usufr.* & de constitutione, *l. 1. §. hoc titul.* Constituitur igitur & nudus usus pactionibus & stipulationibus: maxime vero testamento, sicut & ususfructus, *§. 1. tit. præced. l. 3. l. 6. de usufr. tot. titul. de usu & usufr. leg.* Et testamento quidem ipso jure pactionibus autem accedente facto seu traditione constituentis, puta si usuarium induxerit in fundum aut ædes, ut patiatur eum uti, *dict. leg. 3. de usufr.* Sed & longa quasi possessione nostra usus acquiri potest, sicut cæteræ servitutes omnes, *l. ult. Cod. de præsc. long. temp.* Amittitur morte usuarii, maximaque & media capitis diminutione, non utendo, consolatione, interitu & mutatione rei usuariæ, quibus scilicet modis usumfructum extingui constat, *§. penult. tit. præc.* Et tamen quod inter hæc duo & in constituendo & in amittendo intersit. In constituendo, quod ususfructus etiam pro parte constitui potest, usus non æque, *l. 5. de usufr. l. usus 19. h. tit.* Etenim frui pro parte possumus, uti pro parte possumus, sed usus cujusque, semper in solidum est, *dict. leg. 19. junct. l. 5. ult. commun.* Hoc autem est ex eo, quod usus tantum necessitati servit, & solo utentis facto ac consumptione terminatur, nihil relinquens quod dividi possit; in quo similis est servitutibus prædiorum, quæ & ipsæ, quia in solo usu consistunt, & facto terminantur individuæ, *l. viæ 17. de serv. l. 1. §. si ususfructus 9. ad leg. Falc.* Ususfructus autem dividuus est: quia licet & ipse in facto ab initio consistat, & facto tamen solo non terminatur, sed post se reliquis & fructuario adjecit fructus atque omnem rei utilitatem, cujus utique divisio esse potest, *dict. leg. 1. §. 9. sed usufr. 81. ad. leg. Falcid.* Cujac. Donell. & DD. vulg. *ad leg. stipulationes 72. de verb. oblig.* Gomes. 2. *resp.* 10. *num.* 18. Castill. *tract. de usufr. cap.* 31. Ad hæc usumfructum quoque constitui legimus in judiciis familiæ erciscundæ & communi dividundo, si judex alteri fundum, alteri usumfructum adjudicaverit, *l. 6. §. 1. de usufr. l. 16. §. 1. famil. ercisc. l. 6. §. 10. comm. div.* de usu nihil tale, non magis quam de servitutibus prædiorum. In amittendo hoc interest, quod usus amissus semper ad proprietatem redeat, nunquam ad conjunctum, ut aliquando ususfructus. Quinimo plures in eumdem usum conjungi non possunt: nam qua ratione usus revisionem non recipit, eadem non recipit communionem. Et propter si duobus ejusdem rei usus legatus sit, nulla intelligitur conjunctio aut usus inter eos communio, nec concursus partes faciunt. Et ideo altero deficiente nihil alteri accrescat, sed quod omissum aut amissam est, statim ad proprietatem redit: ac neque communi dividundo judicio locus est inter ejusdem rei usuarios, *l. 1. comm. div.* ut inter plures ejusdem rei fructuarios, *l. 7. §. 10. eod. tit.* nisi utili, *arg. leg. 32. de stip. serv.* & tum res ita transigetur, ut uni usus totus adjudicetur, & is alteri vicissim condemnetur in præstatione partis æstimationis, *l. 10. §. 1. comm. div.* aut ut utendi necessitas inter eos temporibus dividatur, per *l. arbor. 19. §. ult. dict. tit.*

TEXTUS.

Quid intersit inter usumfructum & usum fundi?

1. *Minus autem juris est in usu quam in usufructu; nam is, qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur quam ut oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis & lignis ad usum quotidianum utatur: inque eo fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento: nec ulli alii jus, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest, quum is, qui usumfructum habet, possit hæc omnia facere.*

NOTÆ.

1. *Minus juris*) Id est, minus emolumenti: nam usus quotidiana utentis sufficientia & consumptione terminatur, *l. 12. §. 1. h. t.* ususfructus omnem rei utilitatem continet, *l. 7. l. 9. ff. de usufr.* Denique fructuarius defruitur. Defrui est omnem rei fructum percipere. Fest.

Hactenus morari) *l. 11. eod.* sed explica hæc ex *l. 10. §. ult. l. 12. per eod.*

Hæc omnia facere) *l. 12. §. 2. leg. 38. l. 67. ff. de usufr. l. 8. §. ult. ff. de per & comm. rei vind.* retento scil. jure, quod personæ ejus inhæret, *l. 66. ff. de jur. dot.*

COMMENTARIUS.

1. *Usuarium etiam ex fructibus industrialibus sumere posse, quantum ad victum sibi sufficiat: & qua conditione?*
2. *Modus hujus juris proprius, & quam large aliquando cum usuario agatur?*
3. *Quarum partium fundi possessio quodammodo penes usuarium?*
4. *Usuarium rem utendam alii locare aut vendere non posse: nisi forte ex conjecturis appareat, hoc quoque jus ei concessum.*
5. *Fructuarium posse jus, quod in re fructuaria habet, alteri locare, vendere, gratis concedere: retento scilicet jure, quod ex constitutione personæ ejus inhæret:*

HOC *§. & seqq.* docet Imperator, quid re cujusque usus continuat, & quibus in rebus discrepet ab usufructu: idque exemplo veterum declarat propositis ordine quatuor speciebus, usu fundi, ædium, servorum peco-

pecorum; unde reliquarum rerum usus satis intelligi potest. Initio tradit generalem regulam, quæ ad rerum omnium usum ex æquo pertinet. Ait, minus juris esse in usu, quam in usufructu, id est, minus emolumenti, κατ' ἐξοχὴν siquidem usus cujuscumque rei non plus commoditatis aut utilitatis tribuit, quam quantum usuario necessarium est, eique sufficit ad usum & consumptionem quotidianam, *arg. hujus §. & l. plenum* 12. §. 1. *eodem*. Ususfructus autem extra hanc sufficientiam & consumptionem progreditur, omnemque utilitatem, commodum omne, quod quavis ratione ex re percipi potest, sine exceptione continet, *vid. titul. præc. in princ.* Denique & ususfructus inest, & ideo si ususfructu legato, usus adimatur, placet nullam esse ademptionem: & si sibi tibi usus, mihi ususfructus legetur, concurrere nos in usu, *l. per servum* 14. §. 1. & 2. *h. tit.* In summa utimur ad indigentiam, fruimur etiam ad compendium: uno verbo, fructuarius defruitur. Defrui dicebant antiqui, teste Festo, ut deamare, deperire, significantes omnem fructum percipere. Plane in pecunia & cæteris rebus, quæ usu consumuntur, nihil interest, usus legetur, an ususfructus: quia usus in his rebus tantum continet, quantum ususfructus, *l.* 5. §. *ult. l.* 10. §. 1. *de usufr. ear. rer. quæ us. cons.* VINN. Quemadmodum autem minus juris est in usu, quam in usufructu; ita & minus oneris ei inest. In usufructu enim onera ferre usufructuarium, qui emolumentum omne capit, æquum est. In usu, quia communia sunt commoda proprietarii & usuarii, onera quoque utriusque communia sint, oportet, *l.* 18. *ff. h. tit.* HEIN.

(1) *Oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis, & lignis*) De his nulla fuit inter Veteres controversia. Dubitatum de foliis, oleo, frumento, frugibus; sed obtinuit contra Nervæ sententiam, ut etiam ex his usuarius sumere posse, quod ad victum sibi & familiæ suæ sufficiat, & generaliter ex omnibus, quæ in fundo nascuntur, *d. l.* 12. §. 1. *hoc tit.* Malim tamen eo loci pro *foliis* legere *oleis*, cum D. Cujac. *in notat. ad hunc loc. & 9. obser.* 37. Don. 10. *comm.* 25. ut oleæ & oleum jungatur cum cæteris, quæ majus proprietarii onus continent. Nam ineptum videtur atque iniquum, usum foliorum arborum denegare ei, cui pomis, fœno, olere, lignis uti conceditur: & quod de usu foliorum ex Catone & Columella refert Ræváxd. *conj.* 4 pecora illis ali solita, hoc vel magis ad fœnum pertinet. Stramenta quoque jumentis usui sunt, & esui, & poma, & olera, familiæ domini rustice. Nullo autem colore, quod Jureconsultus de foliis indefinite enunciat, trahi potest ad folia barbarica, aut Indica, aut cum Zas. *par. h. t. h.* 12. unde transtulit Cantiuncula in paraphrasim suam) ad folia mori, quam fronde nova pubescente depascuntur bombyces, aut palmæ, ex cujus foliis in quibusdam partibus lanam trahi, & validos funes in Oriente fieri testatur Plin. l. 13. *cap.* 4. & *l.* 16. *cap.* 24. Et cur non addiderunt scopas etiam e palma fieri solitas, quod ostendit Martial. *lib.* 14. his versibus.

In pretio scopas testatur palma fuisse:
Sed pretium scopis nunc analecta dabunt.

Et fortassis his usus non minus Europæ, quam Asiaticæ & exoticæ fuit. Cæterum ita demum existimo, vinum, frumenta, & cæteras fruges in usum venire, si vindemiarum sementisque, & arationis pro sua parte usuarius sumptus ferre velit, quod etsi nusquam scriptum est, humanitas tamen suggerit: & usu fundi relicto, si non major sit fructus, quam qui legatario usui sit, æquum est, ipsum solum onera culturæ sustinere, *per leg. si domus* 18. *hoc titul.* Manifeste autem fallitur VVesembecius *par. h. tit. num.* 2. dum simpliciter negat, usuarium uti posse frumento aut cæteris fructibus industrialibus, contra textum expressum *in dict. leg.* 12. §. 1. *eodem*, & cur, cum impensas sementis præbet, non utatur terræ maris largitione? VINN. Lectionem Florentinam *leg.* 12. §. 1. *ff. hoc titulo*, acriter defendit Guil. Fornerius, ostendens, ex foliis facta esse unguenta. Sed dubito, de his foliis sensisse Nervam, Jacob. conjectura ingeniosa est, sed codices MSS. non addicunt. In Charondæ quodam codice pro *foliis* lectum *doliis*. Et ita etiam Connanus edidit. Eam emendationem ego haud malam putarem, si commode dolia jungerentur stramentis, oleo, frumento, frugibus. Retineri itaque potest vulgata lectio *foliis*, quibus ruri haud raro utuntur, quæ sæpe substernunt pecoribus. Frondem, adeoque & folia, bobus dabant veteres, Phædr. *Lib.* 2. *Fab.* 8. HEIN.

(2) *Ad usum quotidianum*) Modus utendi hujus juris proprius, dum ex his omnibus sumat usuarius, quod ad victum sibi suisque sufficiat, non amplius, *d. l.* 12. §. 1. Quantum autem cuique sufficiat, id æstimandum ex dignitate & conditione utentis: neque enim ita usus restringendus est, ut non etiam pateat & honestati vitæ & dignitati. Qui etiam longius aliquando itur, & tam large cum usuario pro dignitate ejus agitur, ut his rebus non tantum cum familia, sed etiam cum convivis & hospitibus uti ei permittatur, hactenus tamen, ut oleo, frumento, & cæteris frugibus cum convivis & hospitibus utatur in villa: cætera, quorum non admodum grave onus est, si abundent in fundo, etiam in oppidum deferri hujus rei gratia possunt, *d. leg.* 12. §. 1. Enimvero necesse non est, sumere singulis diebus, quod in singulos eos sufficiat: sed ex penu, hoc est ut ego interpretor, id est, quod ad penum pertinet, capere liceat, quod sufficiat in annum quamvis eo modo fructus consumuntur, quod facile evenire potest usu mediocris prædii relicto: nam usuarii prior semper ratio est, *l. si alii* 42. *de usufr.* in usu domus & servi hoc accidit, ut nihil alii fructum nomine supersit, *l. fundi* 15. *h. tit.* Dom. Tuld. *commentar. hic cap.* 2. eademque causa est navis, vestimentorum, vehiculi, & similium rerum, quarum fructus in usu est. Cæterum, usuario intra annum mortuo, quod ex penu superest ad hæredem ejus non pertinebit, desiit enim posse uti, neque usuarius fructus, quos describit, aut collegit, suos facit, aut perceptione dominium eorum acquirit, quod tribuitur fructuario; sed tantum jus iis modice utendi habet. Illud constat, non posse ei, qui usum habet, objici, quod pecuniis abundet, unde sibi quæ opus sunt aliunde, quam ex re usuaria comparare possit.

(3) *Hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit*) Possessio earum fundi partium, quæ ad fructum ferendum comparatæ non sunt, quodammodo penes usuarium est; placet enim, eum solum usurum cellis vinariis & oleariis, dominum invito eo non usurum, *l.* 10. *in fin. h. tit.* Deambulandi quoque & gestandi in locis ad eam rem paratis, solus jus habet, *d. l.* 12. §. 1. *eodem*. Prætorio autem, hoc est villa urbana, sive domo, non fundi, sed domini causa parata, non utetur, nisi & nominatim hujus usus relictus sit, & tum quidem utetur solus, *dict. leg.* 12. *in princ.* Sed vil-

villam suo jure occupabit, & dominum illo venire prohibere poterit: tantum pati cogetur illic habitare colonum & familiam rusticam, quæ agri colendi causa illic sit, sed nec impedire poterit quominus proprietarius ipse eo veniat ad fructus percipiendos, & per tempora fructuum colligendorum ibi habitet, *d. l.* 10. §. *ult.* & *d. l.* 12. *in princ.* Hinc explicandum, quod ex Cajo *l.* 11. *eod.* Justinianus hic tradit, hactenus usuarium in fundo morari posse, ut neque domino fundi molestus sit, neque is, per quos opera rustica fiunt, impedimento.

(4) *Nec ulli alii jus, quod habet, locare aut vendere*) Quod hic traditur, etiam ad aliarum rerum usum pertinet, *l.* 8. & *d. l.* 12. §. 4. & *ult. eod.* Et hanc habet rationem, quod in usu spectatur persona ejus, cui relictus est, & modus familiæ ejus, ut pro conditione & dignitate sua utatur: quod fieri non potest, si alii venderet; nam emptoris alia potest esse consideratio & multum diversa conditione usuarii. Id tamen cum hoc temperamento accipiendum est, nisi ex conjecturis appareat, testatorem jus quoque locandi aut vendendi suum concedere voluisse. Cujusmodi conjecturæ sumi possunt vel ex conditione legatarii, vel ex genere relicti. Nam si aurigæ usus equorum legatus sit, cum testator sciret eum hujus esse instituti & vitæ, placet eum etiam locare equos posse: quia de hoc etiam usu testator videtur sensisse, & retulisse usum ad rationem vitæ legatarii, *d. l.* 12. §. 4. Si silvæ usus legatus sit, Hadrianus statuit, fructum quoque legatum videri: quia nisi liceret cædere silvam & vendere, quemadmodum usufructuariis licet, legatarius nihil habiturus esset ex eo legato, *l. pen. eod.* Quod plerique sic accepere, si silva remotior sit ab oppido, ut si cogatur legatarius ipse eam cædere, & quod excidit usus sui causa domum comportare, plus impensurus sit, quam si in propinquo ab aliis emeret: neque ita intelligendum, quasi legatario liceat cedere & vendere tantum, quantum solebat dominus, aut quantum fructuario licet, sed pro modo & ratione usus sui. In universum autem non esse invidendum usuario, Connan. 4. *comm.* 5. & VVesemb. *par. hoc tit. num.* 3. existimant, si velit, fructus quos usus sui causa jam percepit & collegit, alteri vendere & domare.

(5) *Possit hæc omnia facere*) Rem utendam fruendam alteri locare, vendere, gratis concedere, *l.* 12. §. 2. *de usufr.* etiam invito hærede, *l.* 67. *eod.* Græci καὶ ἄκοντος τοῦ δεσπότου, καὶ τοῦ κληρονόμου αὐτοῦ Interpretes hoc restringunt ad nudam fruendi commoditatem: cæterum veteres amplius quid intelligere videntur, qui sic loquuntur, ut dicant, usufructuarium, jus, quod habet, *l.* 11. *h. t.* usufructum, *l. non utitur* 38. *eod.* jus utendi fruendi, *tit.* 8. §. *ult. de per.* & *comm. rei vind.* posse alteri concedere, locare, vendere. Et illum tamen certum est, non posse fructuarium ullo modo alteri constituere usumfructum, hoc est, novum in suum locum fructuarium substituere, nisi volente & sese accommodante domino proprietatis, *l. usufr.* 57. *solut. matrim.* Dicendum videtur cum domino Bachovio, duplex quodammodo jus fructuarium habere. Quorum unum mere personale est, ita infixum personæ ejus, cui usufructus primo constitutus est, ut ab eo avelli nequeat; unde etiam cum de amittendo, aut finiendo usufructu quæritur, ejus solius persona semper spectatur, *d. l.* 8. §. *ult. de per.* & *com. rei vind.* Alterum reale consistens in usu & fruitione rei fructuariæ, quod a fructuario abire & in alium transferri possit, licet a personali illo jure pro-manet, inque eo ita radicetur, ut necesse sit cum illo extingui. Illustrat hanc distinctionem exemplo hæredis & creditoris, in quibus similiter jus gentium animadvertimus; unum, quod personale est, atque ossibus eorum, ut DD. loquuntur, inhæret, hæredi ex aditione hæreditatis, creditori ex obligatione quæsitum: alterum reale in re quæsita aut debita. Illud in eo cernitur, quod qui semel hæres extitit, semper hæres maneat, ac proinde vendita hæreditate, nihilominus actiones hæreditarias ipse exerceat & excipiat, *l.* 2. *C. de hær. vel de act. vend.* creditor actione vendita jus ipsum agendi adhuc retineat, *l.* 3. *C. de novat.* Hoc in eo, quod hæres jus omne, quod in re habuit, in emptorem hæreditatis transfert, *l.* 2. *in princ.* & *passim. de hæred. vel act. vend.* qui ob id vicem hæredis obtinere dicitur, *d. l.* 2. §. *ant.* & utilibus etiam actionibus suo nomine experiri potest, ut & is, cui nomen venditum aut legatum est, *l. si cum* 16. *de pact. l.* 5. 7. 8. *C. de hær. vel act. vend. l. ex legato* 18. *C. de leg.* Potest igitur fructuarius, ut eo redeam, etiam jus quod habet in alium transferre: utique tamen non illud, quod ex constitutione personæ ejus inhæret: sed eo retento, quod extra personam ejus consistit, quod habet in re fructuaria. Cumque nullo modo efficere possit, ut totum jus quod habet a se habet, atque in extraneum transferatur, ne hoc quidem agere voluisse in dubio censeri debet; sed ubi causa sive titulus non obstat, sed appellatione ususfructus aut juris utendi fruendi nihil amplius transferre, quam jure suo potest; veluti si locavit usumfructum aut jus utendi fruendi; si vendidit donavit, *d. l. non utitur* 38. *de usuf. l.* 11. *h. t. d. l.* 8. §. *ult. de per.* & *coram. rei vind.* De cessione autem in jure dici non potest, quia per eam necessario jus omne a cedente abibat secundum ea, quæ tradita sunt sub §. penult. superioris tituli.

TEXTUS.

Ædium usus.

2. *Item is, qui ædium usum habet, hactenus jus habere intelligitur, ut ipse tantum inhabitet; nec hoc jus ad alium transferre potest, & vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat, & cum uxore liberisque suis, item libertis, nec non personis aliis liberis, quibus non minus, quam servis utitur, habitandi jus habeat: Et convenienter, si ad mulierem usus ædium pertineat, cum marito ei habitare liceat.*

NOTÆ.

2. *Item is*) Hic locus ex variis prudentum responsis confutus est, *l.* 2. *l.* 3. & *aliquos seqq. hoc tit.*

Ut hospitem recipere: Ex veteri more hospitii, quod inter privatos contrahebatur. Vid. Bud. *ad Pand. in d. leg.* 6. §. 3. *de offic. proconf.* Salmas. ad *jus Attic. cap.* 26. VINN. Præclara quoque est, quæ de jure hospitii exstat Jo: Schilteri dissertatio addita cum ejus *Manuductione philosophiæ moralis ad Jurisprudentiam*. Nec tamen soli hic intelliguntur hospites illi gratuiti, uti hic statuisse videtur Vinnius, sed & mercenarii, *l.* 2. §. 1. *l.* 4. *princ. ff. hoc tit.* Id enim paulo post ipse Vinnius agnoscit in Commentario, ubi Bachovium hæc verba ita interpretantem refellit. VINN.

Nec non personis aliis) Tandem ei decursum, ut & inquilinum recipere possit; dum ipse quoque inhabitet, *d. leg.* 2. §. *ult.* & pensionem percipere.

COMMENTARIUS.

1. *Usuarium non prohiberi, dum ipse inhabitet, partem ædium, quam non occupat, alii locare.*

HOC §. ostenditur, quid contineatur usu ædium: latissime autem hoc declaratur l. ... §. 1. *cum 6. l. seq. & l. pen.* §. 1. *hoc t.* De eo nemo dubitavit, quin is, cui ædium usus legatus est, eas inhabitare possit: uti & illud quoque semper constitit, non posse usuarium habitationem alteri locare, vendere, aut gratis concedere, *hic text. & l. 8. eod.* Circa eum autem, qui ipse inhabitet, quædam quæsita sunt. Veluti, si ædes amplæ sint, & tam angustus usuarius ut eas totas simul occupare non possit, an non liceat proprietario partibus iis, quæ vacabunt, uti? Sed placuit, non licere, quia cum usuarius jus utendi habeat, etiamsi nunc non utatur, postea tamen cum voluerit, uti potest, & alio tempore partes illas occupare, *d. l. pen.* §. 1. Item, an qui ipse inhabitet, possit in partem habitationis alios admittere? de quo mox in explicatione textus.

Nec hoc jus ad alium transferre) Qui usum ædium habet, neque locare, neque concedere habitationem, neque vendere usum potest, *l. hoc tit.* quod non est speciale in usu ædium, sed ad aliarum quoque rerum usum pertinet, ut relatum *sup. §. præc.* Illud speciale est, quod usus hic locari, vendi, alteri concedi potest, ille non potest. Cæterum utentis nihil interest, usum ædium habeat, an usumfructum; idque clarissime patet ex locis supra citatis, & hoc §. junct. *leg. 15. eodem.* (1) Quod autem diximus, eum qui usum ædium habet, non posse habitationem locare, aut alteri concedere, hoc ita est, si seorsum locet aut concedat sine se, *d. l. 8.* nam si ipse inhabitet, non prohibetur partem ædium, quam ipse non occupat, aut quia nimis spatiosæ occupare non potest, alteri locare, ut pensionem percipiat, *l. 4. h. t.* quod Labeo dicebat, posse eum, qui ipse habitat, inquilinum recipere, *l. 2. in fin. eod.* notatur a Proculo, quod *inquilinum* non belle appellavit eum, qui cum alio habitat, *d. l. 4.* nam *inquilinus* proprie dicitur, qui in conductis ædibus habitat solus, *l. res pign. 37. de acq. rer. poss. l. 1. §. 1. l. 2. de migr.*

Et vix receptum esse videtur) Quod ait, vix receptum esse, ut is, qui ædium usum habet, hospitem recipere possit, sic accipiendum est, ægre quidem ab initio id receptum esse propter dubitationes veterum: tandem tamen obtinuisse, *d. l. 2. §. 1.* Ait *ut hospitem recipere liceat.* Eum qui ipse inhabitat, placuit etiam hospites recipere posse, *d. l. 2. §. 1.* sive gratuitum illis hospitium præstet, sive mercenarium, *d. l. 2. §. 1. & d. l. 14. in princ.* Nec audiendus Bachovius, qui verbo hospitis eos solos significari existimat, quibus more veterum ex singulari amicitia jus mutuum ἰδιοξενίας, hoc est, privati hospitii erat: de quo Bud. *ad leg. 6. §. 3. de off. procons.* Salmas. *ad jus Attic. cap. 26.* Plane etsi quemlibet extraneum convictorem recipere potest: tabernam tamen cauponariam ei exercere non licebit, quæ publice viatoribus omnibus & peregrinis pateat, *arg. l. 13. §. ult. de usuf.*

Cum uxore liberisque suis, item libertis) Domus usu marito relicto, facile admissum fuit, ut maritus illic habitaret cum uxore liberisve suis, cum servis item, & famulis, idest, cum omni familia, *d. leg. 2. in princ.* Quæstio autem fuit, an & cum libertis. Sed Labeo & Celsus etiam hos recipi posse admiserunt, *d. l. 2. §. 1.* Paulus & clientes *l. 3. eodem.* Ita dicebantur homines liberi, qui se ad potentioris alicujus ductum applicabant, ut ejus patrocinio defenderentur in capite & fortunis, *leg. 7. §. 1. de vetet. & post lim.* susceptos posterior ætas vocavit. Consule Hotomann. *in lexic.* Nec mirum hoc admitti, cum etiam extraneus quilibet, ut jam dictum est, recipi possit, qui modo honesto cum eo, qui usum habet, habitaturus sit. VINN. De clientibus & susceptis cum Hotomanno accuratius egerunt Fr. Juretus *ad* Symmach. *Lib. 5. epistola 39.* Valesius *ad* Annian. *Lib. 30. capit. 4.* Jac. Gothofredus *in Glossar. ad Codicem Theodosian.* & Petr. Pithœus *ad Patriat. LI. Mos. & Rom. tit. 9. §. 3.* Si peregrinus se ad civem Romanum tamquam patronum adplicasset: patronus ei intestato succedebat, quod vocabatur JUS ADPLICATIONIS. Cicer. *de Orat.* 1. 39. HEIN.

Cum marito ei habitare) Ne mulieri matrimonio carendum sit, cum uti vult domo, *d. leg. 4. §. 1.* Sed etsi usus ædium mulieri legatus sit ea conditione, si a viro divertisset, placuit tamen, cum viro habitaturam remissa ei conditione legati, *dict. leg. 8. §. 1.* Hoc amplius, si virgini, aut viduæ legatus sit, placuit & postea nubentem cum viro habitare posse, *d. l. 4. §. 1.* nec solum cum marito, sed & cum liberis, parentibusque & libertis, cum socero etiam habitaturam; atque eo usque processum, ut eosdem quos masculi, etiam mulieres recipere possint, *d. l. 4. in fin. & l. 6. eodem.* Possunt ergo & hospitem, sed non aliter, quam si is sit, qui honeste cum iis sit habitaturus, *l. 7. eodem.*

T E X T U S.

De servi vel jumenti usu.

3. *Item is, ad quem servi usus pertinet, ipse tantum opera atque ministerio ejus uti potest: ad alium vero nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est & in jumento.*

N O T Æ.

3. *Ipse tantum opera*) Non modo tantum ad ministerium suum, sed etiam liberorum suorum & conjugis, *l. 12. §. pen. eod.*

In jumento) ὑποζυγίῳ, equo, bove, asino, Vid. *dict. leg. 12. §. 3. & 4.*

COMMENTARIUS.

SErvorum usus est in eorum operis: est & in fructibus, hoc est, in rebus, quæ per servos acquiruntur. Operis uti potest usuarius in re qualibet, nec tantum ad ministerium suum, sed etiam ad liberorum suorum, & conjugis, *l. plenum 12. §. pen. & ult. hoc tit.* dum tamen secundum conditionem servi; nam & a fructuario hoc agitur, *leg. 15. §. 1. de usufr.* Cæterum ipsum usuarium uti oportet, non aliis operas locare, aut utendas concedere, quamquam parum refert, utrum utatur in re plane sua, an in opere alieno, quod ipse expediendum conduxerit, *dict. leg. 12. §. ultim. & leg. seq. eod.* De his, quæ per servum usuarium acquiruntur ita placuit, ut si quid acquirat ex operis suis, id non acquiratur usuario; quoniam nec locare servi operas potest: sin autem ex re usuarii, puta si institor erit, & opera ejus usuarius utatur in taberna ad

ad merces emendas & vendendas, aut si jussu usuarii per traditionem accipiat, usuario acquirit, cum hac opera in re usuarius utatur, *l. per servum 14. in princ. l. si ita 16. §. 3. l. servus 20. eodem.*

Idem scilicet juris est in jumento) Jumentorum quoque usus, sicut servorum, in operis est, & quidem solis, ut equorum, mulorum, asinorum, item bovum, habetque in his usuarius omnem usum ad arandum, ad vehendum sub jugo, ad onera ferenda, & ad cætera, ad quæ hæc animalia apta sunt: utetur autem secundum conditionem cujusque jumenti, & morem regionis, *l. 12. §. 3. & 4. hoc tit.* nec locavit, nisi forte de eo etiam usu testatorem sensisse appareat. Quid enim si aurigæ equitii usus legatus sit, cum sciret testator eum hujus esse instituti? *d. leg. 12. §. 4.* Et si forte unus bovis usus legatus sit homini tam inopi, ut alterum emere non possit, nec cum uno fundum suum arare; non puto ei invidendum, ut cum vicino, qui itidem bovem habeat, agat, ut per aliquot dies invicem boves ad opus faciendum commodet, ne legatum ei inutile sit, *argum. leg. penult. in princ. eodem.* Hoc & Cantiuncula, ex quo est verbum, ut fere omnia, descripsit Mysingerus.

TEXTUS.

De pecorum usu.

4. *Sed & si pecorum vel ovium usus legatus sit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usuarius: quia ea in fructu sunt. Plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.*

COMMENTARIUS.

Pecorum vel ovium) Ἁμάρτημα Triboniani, nisi legendum *veluti ovium* οἷον προβάτων, ut vertit Interpres Græcus, & flagitat locus Pauli *d. leg. 12. §. 2. hoc tit.* unde hic desumptus est: quippe nemini dubium est, quin appellatione pecorum etiam oves contineantur: & facetum est, quod ex Mynsingero in margine hic adscripsit Pacius, quamvis oves sint species pecorum, non propterea tamen legatum ovium esse speciem legati pecorum. VINN. Sed vix est, cur hic reus postuletur Tribonianus ἁμαρτήματος. Pecus generatim omne animal denotat: & ita accipere vocabulum videtur Vinnius. Sed speciatim *pecudes* vel *pecora* dicuntur capræ & oves, & Græco πόκος, *vellus*: Illustr. Bynkesk. *do reb. manc. cap. 6. p. 1.9.* Et is sensus hic occurrit. *Pecora vel oves* hic junguntur tamquam synonyma. HEIN.

Neque lacte, neque agnis, neque lana) Igitur in usu pecoris, puta gregis ovilis, vaccarum, aut caprarum, minimum est: nam nihil ex iis, quæ in fructu harum pecudum sunt, usuarius sumere potest, sed tantum ad stercorandum agrum suum, quo pinguior & fœcundior fiat, his uti: & insuper modico etiam lacte, neque enim tam stricte voluntates interpretandæ: *dict. leg. 12. §. 2.* Cumque cæterarum rerum etiam possessionem tradi usuario oporteat, ut iis utatur; diversum tamen esse apparet in pecoribus, quæ tantum ad fructum ferendum habentur.

TEXTUS.

De habitatione.

5. *Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus: quamquam habitationem habentibus propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata, permisimus, non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.*

NOTÆ.

5. *Nostra decisione*) Ex constitutione Justiniani habitatio usumfructum ædium imitatur, ut & locari possit; & consequenter etiam vendi, & gratis alteri concedi, jure ipso apud eum, cui constituta est, manente: nihil enim interest. Constitutio extat in *leg. 13. Cod. de usuf.*

COMMENTARIUS.

1. *Falso a nonnullis negari, habitationem esse speciem servitutis personalis.*
2. *Habitationem tam vendi & gratis concedi, quam locari posse.*

Restat ultima species servitutis personalis, habitatio. Ea est jus in ædibus alienis habitandi cum personis quoquo modo ad nos pertinentibus. Etenim effectu idem pene est habitatio quod usus ædium: easdemque personas, qui habitandi jus habet, recipere potest, quas usuarius, *l. 10. h. t.* Constituitur quoque habitatio iisdem modis, quibus usus & ususfructus, iisdemque modis finitur, excepto quod non finiatur non modo, *dict. l. 10.* quod ideo placuit, quia habitatio magis in facto, quam in jure consistit, *l. pen. dec. min.* ex quo est, quod legatæ habitationis dies non semel cedat, sed per dies singulos, perinde ut ususfructus in singulos dies relicti, *l. 1. princ. quand. dies usu. l. ced. & arg. d. l. pen. de min.* ut plura hic sint legata, & quasi nova singulorum dierum habitatio, ob quam etiam causam nec capitis deminutione (scilicet minima) olim admittebatur *d. l. pen. & d. leg. 10.* Ex constitutione aut Justiniani nec usus nec ususfructus ita perit, *leg. pen. C. de usufruct.* ut jam hac in parte nulla amplius sit differentia; quod vix unus aut alter, quod sciam, admonuit.

Quasi proprium aliquod jus) Hoc est, species quædam servitutis personalis, quæ proprie neque usus est, neque ususfructus, licet olim parum distaret ab usu, *dict. leg. 10.* Hodie per constitutionem Justiniani *l. 13. Cod. de usufr.* ad usumfructum prope accedit. (1) Sunt tamen qui negant, habitationem esse speciem servitutis personalis, & omnino servitutem esse: quoniam duæ tantum personarum servitutes memorantur a Marciano, *l. 1. de serv.* Sed ille vel exempli causa duas istas dumtaxas res tulit, vel sub usu etiam habitationem comprehendit, quia jure veteri habitatio effectu idem erat quod usus, auctore Ulp. *dict. l. 10.* Quod autem ajunt, de servitute tam personali quam reali proditum esse agendi in tam confessoriam, *6. 2. infr. de act.* eum autem, cui habitatio constituta sit, actionem tantum personalem habere, vel ex testamento, vel ex stipulatu, vel commodati, aut præscriptis verbis, eo quod habitatio non sit jus aliquod in re, vel ut illi loquuntur, non in dominio, *sed in obligatione consistat*: id quoque perperam dici existimo. Nam esse aliquod jus in rem, vel ex hoc ipso loco adparet, & argumento est, quod conjunctim cum usu & usufructu de hoc jure & hic & in Pandect. & Codic. tractetur. Nullum autem certius argumentum est, habitationum servitutem & personæ esse, quam ser-

vitutis definitio, tum generalis, tum specialis personarum: est enim jus in re aliena alteri constitutum, quo dominus aliquid pati cogitur in suo, & jus constitutum personæ. Nec obstat, quod habitatio in facto potius quam in jure consistere dicitur, *l. pen. de c. minut.* Nam idem fere & de usufructu prædicatur, *l. un. quand. dies usu leg.* Dicuntur enim ista per extenuationem, non quod sint nuda facta: estque similis habitatio usufructui in dies aut menses singulos legato, *d. l. pen.* Si igitur is, cui in dies aut annos singulos usufructus legatus est, cum confessoria vindicare non prohibetur; cur non & confessoria pro habitatione competat ei cui ea legata est? Nec verum est, quod Hotomannus scribit, usum & usumfructum servo aut filiofamilias legatum domino aut patri acquiri, habitationem non acquiri: Idque liquet vel ex ipsa, quam citat, *l. 9. quand. dies leg*, *cod.* junct. *leg. 2. & 3. eod.* Agnosco autem lubens sensus mei hebetudinem, qui videre non possum, quomodo id quod de actione commodati aut præscriptis verbis ei, cui habitatio constituta est, danda profertur, probari possit ex *l. 1. in fin. pr. comm.* junct. *l. si gratuitam*, 17. *in princ. de præscr. verb.* Illud quidem video, tractari illic de actione commodati, aut præscriptis verbis dando domino ædium, qui habitationem commodavit, sive gratis alicui concessit. Sed quid hoc ad rem?

Quamquam habitationem habitantibus, &c. etiam aliis locare) Hoc est, quamvis in hoc habitatio ex nostra constitutione usumfructum imitetur, quod eam alteri locari permisimus, *l. cum antiquitas*, 13. *C. de usufruct.* Poterit ergo & vendi & gratis alteri concedi, jure ipso apud eum, cui ab initio constituta est, manente, secundum ea, quæ diximus §. 1. *sub eod. eod.* nihil enim interest: & puerile nimis, quod quidam ajunt, ideo habitationem vendi aut donari non posse, quia est jus personale. (2) Nam eadem ratione nec usussfructus vendi aut donari posset: & si nihil aliud obstaret, usus quoque locari aut vendi non prohiberetur: sed in usu spectatur conditio personæ usuarii, & indigentia pro modo familiæ ejus: alius autem alio numerosiorem familiam habet, & plurimis indiget, nec una omnium conditio, ut recte D. Connan. 4. *comm.* 5. Putat Hotomannus, etiam jure veteri habitationem commodari potuisse, licet usus non potuerit, *d. l. 1. comm. & d. l. 17. de præscr. verb.* Sed fallitur πάντη ἐκ δίκης: non enim de habitatione jam alicui constituta, & ab eo, cui constituta est, alteri commodata illic agitur, sed de commodata aut gratis alicui concessa demum a domino ædium: quomodo locos istoss etiam accepit D. Bachovius.

TEXTUS.

Transitio.

6. *Hæc de servitutibus, & usufructu, & usu, & habitatione dixisse sufficiat. De hæreditatibus autem & obligationibus suis locis proponemus. Exposuimus summatim, quibus modis jure gentium res acquiruntur: modo videamus, quibus modis legitimo & civili jure acquiruntur.*

NOTÆ.

6. *Legitimo, & civili jure*) Antiquitatis studiosis consulant Budæum *in Pand. ad l. 2. §. & cum placuisset*, 24. *de orig. jur.*

COMMENTARIUS.

DUplex transitio, & utraque perfecta, in epilogo prioris respicitur ad *tit. de reb. corp. & incorp.* hujus libri secundum; ubi cum non tantum servitutes prædiorum usus & ususfructus inter res incorporales numerentur, verum etiam hæreditas & obligationes, ac de servitutibus ut usufructu & usu hactenus tractatum sit; videri poterat, nunc protinus de hereditatibus & obligationibus dicendum esse: sed in propositione seu membro sequenti harum rerum tractationem in alium locum rejicit: tractationem de hæreditate, quia adhuc agendum de modis, quibus res acquiruntur singulæ: susceptione autem hæreditatis acquiritur bonorum universitas: tractationem de obligationibus, quia obligatio non est jus in rem, de cujusmodi jure acquirendo nunc quæritur, sed ad rem dumtaxat, pariens creditoris actionem in personam, non vindicationem rei. In posteriori epilogo respicit ad §. *singulorum*, 22. *sup. t. 1. de rer. divis.* quæ loco recepit, se post expositos modos acquirendi jure gentium dicturum esse de iis modis, quibus dominium nanciscimur jure civili, quod est τὸ ἑξῆς. Modi acquirendi jure civili, vel singulares sunt, vel universales. Singulares, quibus acquiruntur res singulæ: universales, quibus una acquisitione, tamquam per aversionem, acquiruntur bona alicujus universa: de quo genere acquisitionis agere incipit *infr. §. ult. tit. 9.* hujus libri. Modi acqurendi jure civili res singulas duo tantum ab Imperatore exponuntur, usucapio, *tit. seq.* & donatio tit. 7. Cur de legatis & fideicommissis, quæ huc alioqui pertinent, nunc non simul tractare voluerit, dicetur *d. §. ult.* Pertinent item huc & alii modi: veluti cum possessori attribuitur dominium rei, quam dominus vi eripuit aut invasit, §. 1. *infr. vi bon. rapt. l. 7. C. unde vi.* Cum uno ex duobus, qui a Principe munus acceperunt, moriente absque hærede, pars deficientis consorti accrescit, *l. un. C. si liberal. imp. soc. sin. hær. dec. lib. 10.* Item cum pupillo, & Ecclesiæ acquiruntur res ex pecunia sua emptæ absque ulla traditione, *leg. ult. Cod. de sacros. Eccles.* Mancipatio, quam Cicero in *Topic. traditionem nexu vocat*, & in jure cessio, de quibus Ulp. tit. 19. Boet. *ad d. loc. Ciceronis*, jam tempore Justiniani exoleverant. Antiquitatis studiosi adeant D. Anton. Contium 1. *disp.* 12. clariss. Salmas. *c. 8. de usur.*

TITULUS SEXTUS.

DE USUCAPIONIBUS, ET LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIONIBUS.

Dig. Lib. 41. Tit. 3. C. Lib. 7. Tit. 31. & 33.

1. *Non satis considerate a D. Cujacio & aliis pro præscriptionibus hic reponi possessionibus.*
2. *Quibus in rebus olim usucapio & longi temporis præscriptio differebant?*
3. *Falli, qui putant usucapionem tantum esse rerum mobilium.*
4. *Quæ qua serie hoc titulo tractentur?*

INter acquisitiones juris civilis vel prima & præcipua est usucapio, Nam etsi ea Græcis quoque non

incognita fuit, eamque etiam Plato *l. 12. de leg. p. 697.* in suam invexit rempubl. tamen civili tantum ratione, non etiam pure aliqua naturali nititur, ab eaque longius etiam, quam cæteræ acquisitiones civiles recedit. Utrum aut quid jure civili adscribendum sit, an juri naturali, id non ex nudo usu populorum, sed ex eo, quod suggerit ratio naturalis, æstimandum est, §. 1. *supr. de jur. nat. gent. & civil.* Usucapio definitore Modestino, *l. 3. hoc tit.* est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definitæ. Quid singula definitionis sibi velint, dicetur postea in explicatione, §. *diutina*, 7. *infr. eod.*

(1) *Longi temporis præscriptionibus*) Qui hanc partem inscriptionis mutant, & pro *longi temporis præscriptionibus*, reponendum arbitrantur, *longi tempori possessionibus*, inter quos sunt Cujac. Hotom. Wes. Tim. Fab. Faber, quod & Pacius probat, illi nec mentem Justiniani, nec quid *hoc tit.* agatur, satis animadvertere mihi videntur. Mens Justiniani intelligitur ex eo, quod in principio commemorat constitutionem suam de usucapione transformanda; qua constitutione, cum duo diversa essent genera acquisitionis, usucapio & longi temporis præscriptio, usucapionem ita transformavit, ut tamen utrumque in illo uno velut permixtum retinuerit: atque hoc etiam ex verbis inscriptionis intelligere nos voluit. Sic alibi quoque hæc duo conjungit, usucapionem aut longi temporis præscriptionem, §. *pen. infr. per quas pers. cuiq. acq.* Conferuntur item, & conjunctim ista duo appellantur a Cajo, *l. qui alienam, 54. in princ. de evict.* Hoc tantum interest, quod Cajus duo diversa acquirendi genera, ut tunc erant, significat Justinianus unum & idem ex duobus istis a se conflatum: neque enim sustulit ille longi temporis præscriptionem, sed auxit, addita ei usucapione in solo provinciali. Sed neque agitur hoc titulo de possessione, nisi per occasionem, neque magis quam de bona fide, aut justo titulo: sed de horum omnium concurrentium effectu, & acquisitione ipsa, quæ olim duplex erat, usucapio & longi temporis præscriptio: quam utramque, ut diximus, sic retinuit Justinianus, ut ex duabus unam fecerit. (2) Erat vero triplex inter usucapionem & longi temporis præscriptionem discrimen, in rebus, in tempore, in acquisitionis effectu: Usucapio locum habebat in rebus immobilibus Italici soli tantum, in mobilibus omnibus. Præscriptio frequentabatur in prædiis dumtaxat provincialibus. Usucapio rerum mobilium anno terminabatur, immobilium biennio. Præscriptio consummabatur decem annis inter præsentes, viginti inter absentes. Usucapio possessorem dominum efficiebat. Præscriptio possessori non dominium tribuebat, sed jus aliquod dominio simile & proximum, de quo dicam plenius postea. Hasce differentias sustulit Justinianus, servato uno discrimine rerum mobilium & immobilium, *leg. unic. Cod. de usuc. transform.* (3) Eorum error manifestior est, quam ut refelli debeat, qui hæc genera sic distinguunt ut dicant, usucapionem tantum esse rerum mobilium, longi temporis præscriptionem rerum immobilium, & vel unum hujus tit. principium hos refellit. (4) Initio docetur, quæ res, quanto tempore, a quibus usucapiantur; deinde de rebus agitur, quæ usucapionem non recipiunt: tum de continuatione possessionis & conjunctione temporis: postremo de fisci traditione & præscriptione quadriennii fiscali.

TEXTUS.

Præcipua Usucapionis requisita. 1. Bona fides. 2. Possessio per tempus definitum continuata. 3. Justus titulus.

Jure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crederet eum dominum esse rem emerit, vel ex donatione, aliave quavis justa causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique uno; si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucaperet; ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas præfata tempora, nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium; immobiles vero per longi temporis possessionem (id est, inter præsentes decennio, inter absentes viginti annis) usu capiantur. Et his modis non solum in Italia, sed etiam in omni terra, quæ nostro imperio gubernatur, dominia rerum justa causa possessionis præcedente acquirantur.

NOTÆ.

Bona fide) In quo tempus traditionis inspicitur: at in emptione etiam, quo contrahitur. *l. 2. princ. ff. pro empt.*

Crederet dominum esse) Aut jus vendendi habere: puta procuratorem aut tutorem esse, *l. 109. de verb. sign.*

Biennio) Lex duodecim tabularum usucapionem fundi jubebat esse biennium; cæterarum rerum annum. Cic. *pro Cæc. 19. & 26. & in Top. cap. 4.* de quo vid. Bus. *ad L. 63. ff. de evict.* Cont. 1. *disp.* 10. Salmas. *cap. 8. de usur.*

Justa causa) Id est, justo titulo, nam titulus est possessionis causa, *l. 7. C. de acq. poss. l. 24. Cod. de rei vind.*

Dominia acquirantur) Recte igitur adhuc definietur usucapio cum Modest. *l. 3. ff. h. t.* adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.

COMMENTARIUS.

1. *Auctoritatis verbo quid lex 12. tab. intellexerit?*
2. *In persona usucapientis quæ necessaria? & de bona fide.*
3. *De justo titulo.*
4. *Cur prædia provincialia usucapi non potuerint?*
5. *Juris de usucapione constituti ratio & defensio.*
6. *In incerto esse, an tempora usucapioni a Justiniano præstituta apud nos quoque observanda sint.*

(1) *JUre civili*) Hoc plerique sic interpretantur perinde, ac si dixisset lege 12. tab. & verum est, ex hoc fonte jus usucapionem manare. Sed quod sequitur de distinctione locorum, ex leg. 12. tab. esse non potest: quippe cum eo tempore, quo Decemviri legem tulerunt, populus Rom. pedem extra Italiam non haberet, adeoque angustissimus intra ipsum Italiam solum finibus Imperium Rom. contineretur. Credibile vero est, propagatis postea Imperii finibus, Jurisconsultorum disputatione prædia Italici soli & provincialia jure auctoritatis distincta fuisse. Apud M. Cic. *in Top. c. 4.* hæc leguntur: *Quoniam usus, auctoritas fundi biennium est, sit etiam ædium. At in lege ædes non appellantur.* Et in *orat. pro Cæcinna, c. 19. Lex usum auctoritatis fundi jubet esse biennium.*

Unde existimare licet, sic lege sancitum fuisse: *Usus, auctoritas fundi biennium est. Cæterarum rerum annus esto.* Auctoritatis verbo multa & diversa significantur. Vulgata non tangemus. Venulejus *l.ult. de evict.* auctoritatem interpretatur actionem pro evictione. Quo sensu etiam accipitur apud Paul.2. *sent.*17. L. Seneca *l.4. natur. qu. Ergo si mihi parum credis, Possidonius tibi auctoritatem promittet*, id est, *βεβαίωσιν*. Scævola *l.ult. de pign. act.* instrumentum auctoritatis appellat, quod primo dixerat instrumentum emptionis, nimirum instrumentum, quo de evictione promissum est, aut omnino instrumentum, quo probatio juris nostri, sive, ut vulgo loquuntur, tituli acquisitionis continetur, cujusmodi tabulæ instrumenta ad probationem originis prædiorum appellantur, *l.24.C.de fideic.* Sic apud M. Senecam *l.7. contr.6.* quæ emptionis tabulæ primum, eædem post auctoritatis tabellæ nominantur. In lege Attinia, & in illa duodecim, *Adversus hostem æterna auctoritas esto*, verbo auctoritatis jus dominii significatur, aut jus vindicandi, Grot. *in spar. flor.* Sensus hic est, ne peregrinus dominium rerum nostrarum usucapione nobis eripere possit. Cicero pro *Cæcin. c.26. Aquæductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium a jure civili sumitur. Rata auctoritas*, id est, *firmum ac fixum harum rerum jus*. Eodemque significatu & Scævola hac voce usus est, *l.ult. de acq. & acq. pluv.* In proposito quoque puto Decemviros nomine auctoritatis intellexisse jus legitimi dominii, ut sit sensus, usus, qui auctoritatem, id est, justum dominium fundi afferat, sit spatium biennii; qui cæterarum rerum, annus. Quod perinde est, ac si dixissent, *Fundus biennium possessus usucapitur, cateræ res annum possessæ usucapiuntur*. Cicero *in ea de Arusp. resp. c.7. Multæ sunt domus jure optimo, sed tamen jure privato, jure hæreditario, jure auctoritatis, jure mancipii, jure nexi. Jure auctoritatis* perspicuum est hic significari ipsam usucapionem, sive jus legitimi dominii per usucapionem quæsiti, non emptionem, quæ non mancipio facta est, ut vult doctissimus Salmas. *l. de usur. c.8.* Neque enim dici possum jure optimo domum habere, cujus ex jure Quiritum dominus non sum; & ideo jura legitima tantum Cicero commemorat. Idem vir doctissimus existimat legem 12. tab. verbo auctoritatis intelligere actionem pro evictione, cui Decemviri voluerint non ultra biennium patere locum in rebus soli, in mobilibus non ultra annum. At plerique omnes qui in conditione usucapiendi sunt, re evicta ante impletam usucapionem, actionem pro evictione non habent. Qui pro hærede, pro legato, pro derelicto, pro adjudicato, pro noxæ dedito, pro suo possidet, certo jure usucapit; & tamen si res intra tempora usucapionis evincatur, non est locus actioni ob evictionem, cujus hic periculum nemo præstat. Sed neque ipsa evictio, seu jus, quod dominus habet rem a possessore judicio auferendi, intelligi potest; non enim eo principaliter hoc caput legis pertinet, ut sciamus, quid juris domino relinquatur intra annum, aut biennium, sed quid usus sive possessio anni, aut biennii tribuat utenti possidenti, nimirum rei possessæ legitimum dominium, ut patet ex definitione Modestini, *l.3. h.t.* Videsis Budæum, *ad l. Herennius*, 63. *de evict.* Cont. 1. *disp.* 10. Donell. 5. *comm.* 26. & qui legem 12. tab. commentariis illustrarunt, Balduin. Hotom. Marcil.

(2) *Bona fide*) In persona ejus, quem usucapere volumus, hæc sunt necessaria, ut possideat, ut juste, ut continenter, ut per tempus lege definitum: quorum unumquodque, ut sese offeret, ita explicabo. Quod hic traditur de bona fide, ad justitiam possessionis pertinet: quemadmodum & illud, quod mox sequitur, de causa. Igitur ad usucapionem non sufficit possidere, nisi & bona fide possideas. Bona fides æstimatur ex eo, quod possessor putavit, eum, a quo rem accepit, dominum esse, aut jus transferendi dominium habere, ut proinde opinetur se quoque statim dominum effectum esse, *leg. bonæ fidei*, 109. *de verb. sign. leg. qui a quolibet*, 27. *de contr. empt.* §. *si quis*, 35. *sup. de rer. div.* Hæc autem opinio necesse est, ut remota sit ab errore juris. Nam juris error acquirere volentibus numquam prodest, *leg. 7. lege* 8. *de jur. & fact. ign.* ac proinde nec possessori in usucapionibus, *leg.numquam*, 31. *princ. h. t. leg.* 1. §. *si a pupillo*, 15. *pro empt.* Cæterum sufficit, ab initio bona fide possessionem nancisci. Jure enim civili bene cœptam usucapionem non impedit scientia rei alienæ postea superveniens, *l.unic. Cod. de usu cap. transf. leg. bonæ*, 48. §. 1. *de acq. rer. dom.* spectaturque in ea re initium traditionis, non contractus, *leg. si is*, 15. §.*ult. l. justo*, 44. §.2.1. *h. tit.* præterquam in emptione, in qua utrumque tempus inspici placet, & quo contrahitur, & quo res traditur, *l.2. pr. pro empt. leg. pen. h. tit.* Diversitatis rationem indicat Paul. in stipulatione *dict. leg.*15. *in fin.* quia, inquit, concessum est stipulari rem etiam, quæ promissionis non sit, innuens, salva fide etiam scientes rem alienam stipulari non posse: at non pati sinceram fidem, ut rem alienam sciens quis emat. Et ideo huic non præstatur evictio, *l. si fundum*, 27. *C. de evict.*

Rem corporalem) scil. nam res incorporales, veluti servitutes, per se usucapionem non recipiunt, *l.* 14. *de servitus*, 43. §. *de acq. rer. dom.* quippe in quæ non cadit possessio, in ea nec usucapio cadit. Cæterum est in his rebus locus acquisitioni longæ quasi possessionis, & effectu juris usucapiuntur, *l. ult. C. de præsc. long. temp. l.10. si serv.vind.* Vide quæ scripsi *ad* §.*ult. sup. de serv.* Plane per consequentiam etiam veteri jure usucapiebantur, cum id prædium usucaptum esset, cui servitus debetur, *l.10.* §.1. *h. t.* quamquam revera nihil hic usucapitur, sed prædium suæ conditiones sequuntur, *leg. via*, 23. §.2. *de serv. præd. rust.* de aliis rebus, quæ usucapionem non admittunt, dicam §§.*seqq.*

(3) *Aliave justa causa*) Id est, justo titulo, eoque qui idoneus sit ad transferendum dominium; eos enim, qui nullo justo titulo possident, ratio juris dominium quærere non patitur, *l. nullo*, 24. *C. de rei vind.l.4. Cod. de præsc. long.temp.* eademque prorsus in proposito ratio est dominii transferendi, & transferendi conditionem usucapionis, *l. numquam*, 31. *de acq.rer. dom.* §.*pen.infr. per quas pers. cuiq.acq.* Justa causa, aut a privatis est, aut a judice, aut a Magistratu, aut a nullo, sed ab ipsa rerum conditione. A privatis, si quid ab his dominii transferendi causa traditur, solvitur, datur, derelinquitur, *l.3.* §.*antep. de acq. poss.* cujus generis pleræque propriis tit. comprehensæ in Pan. & Cod. a judice in adjudicantibus, quæ fiunt in judiciis divisoriis, si videlicet de alienis fundis tamquam communibus actum sit, *leg. si per errorem*, 17. *h. t.* alioqui statim res ejus fit, cui adjudicata est, §.*ult. inf. de off. jud.* A Magistratu quibus in causis possessionem transferre potest: siquidem juste possidet, qui auctore Prætore possidet, *d. l.3. in fin. l.11. de acquir. possess.* A nullo, quæ sola occupatione, si nullius essent, statim nostra fierent. Hinc titulus possessionis specialis pro suo,

l. 2.

l. 2. pro suo. Generaliter quidem etiam quisquis ex justa causa possidet, pro suo possidet, *l. 1. eod.* verum ex speciali titulo certa usucapio: ex generali nulla, nisi specialis aliqua causa, puta emptio, donatio, &c. præcesserit: nec sola existimatione nostra, sed revera, *leg. Celsus 27. hoc tit.* de quo plenius postea.

Si mobilis erat, anno ubique uno) *Ubique*, tam in provinciis, quam in Italia. Nam cum res mobiles non solo cohæreant, loco distingui non potuerunt, & constitutione sua omnes usucapionem recipiunt. Immobilium autem quædam tales erant, ut usucapio in iis non haberet locum; qualia erant prædia provincialia, ut mox dicemus. Quod autem brevius tempus usucapioni rerum mobilium præfinitum sit, quam immobilium, id eam rationem habere putant, quod regulariter minus in illarum, quam harum amissione præjudicium vertitur: cum alioqui longius tempus poscere videatur usucapio rerum mobilium, utpote quæ occultari possunt, quam prædiorum. Sed hoc nihil est: nam occultatio illa vitio furti rem afficit, & usucapioni eximit. Non alia ratio est quam ea, quam hic indicat Justinianus post Cajum *l. 1. h. t.* quod veteres crediderunt, annum aut biennium domino sufficere ad inquirendas res suas: posse scil. quemlibet patremfamilias res mobiles uno semestri recensere, & altero quæ desiderantur quærere: prædia uno anno lustrare, & quæ ab alio possessa invenerit, altero anno recuperare: quod & Varro *de rust.* bono patrisfam. faciendum esse monet.

Immobilis tantum in Italico solo) Aut eo, quod jus Italici soli habebat. Nam & in provinciis fuere quædam prædia juris Italici, videlicet coloniarum, quibus jus Italicum datum erat, *l. de censibus*, in quibus prædiis mancipationi & usucapioni locum fuisse dubitandum non est. His exceptis, prædia provincialia neque a possessoribus mancipio dari, neque ab alio usucapi olim potuerunt. Nimirum quia uterque hic modus acquirendi ex jure Quiritum erat, plerumque jus & dominium Quiritarium continebat. (4) Possessores autem prædiorum provincialium directi dominii & pleno jure non erant: sed jus summum dominii populus Romanus sibi reservare consueverat, cum ea bello capta veteribus dominis restitueret, neque argumentum retenti juris annuum iis vectigal imponeret. Cæterum jus, quod possessoribus relictum erat, ut id a domino juris statim in alios traditione transferri poterat; ita & a bonæ fidei possessore longi temporis possessione acquiri, ne semper inquietaretur; quæ acquisitio præscriptio dicebatur, *l. qui alienam 54. in pr. de evict. l. si duo 13. §. 1. de jure jur. l. ei a quo 21. h. t.* Erat autem jus tale, quod & exceptione defendere, & amissa possessione, utili actione prosequi, *d. l. 13. 1. de jurejur. l. 8. C. de præscr. 30. ann.* hæredibus denique relinquere, & in alios quosvis transferre licebat. Jus nimirum aliquod reale simile emphyteutico, quod proxime ad jus dominicum accedebat, & quod nunc vocarent dominium utile. Repetantur quæ notavimus *sup. per traditionem 40. de rer. divis.* Postquam autem Justinianus, quod præscriptioni deerat, ex usucaapione supplevit, unumque genus acquisitionis ex duobus fecit; certum est, possessione longi temporis justum & directum dominium possessori acquiri.

Ne rerum dominia in incerto essent) Si jus in usucapione constitutum æstimetur ex meris præceptis juris naturæ sive gentium, defendi ab iniquitate non potest sed quod ex iniquo habet, id contra singulos rependitur utilitate publica. (5) Bono enim publico usucapio introducta est, ne scilicet diu rerum dominia in incerto essent, *l. 1. h. t.* quippe incertitudo dominii facit, ut res quæque negligentius habeatur, agri minus diligenter colantur; parit lites & controversias, quibus occurri publice interest: atque ut occurratur, & litium aliquis sit finis, usucapio constituta est, *l. ult. pro suo l. 2. in pr. de aq. & aqu. pluv.* & ideo Cicero *in orat. pro Cæcin. c. 26.* usucapionem appellat *finem sollicitudinum & litium*. Plato 12. *de leg.* Hæc igitur causa legislatores movit, ut usucapionem introducerent: ut vero id fieret cum minima privatorum injuria, certa atque idonea tempora præstituerunt, quæ abunde dominis sufficerent ad inquirendas res suas, easque sibi asserendas, & possessionem alterius interpellandam. Quod si facere negligant, & patiautur usucapi, suamet ipsorum voluntate quodammodo rem alienare videntur, *l. alienationis 28. de verb. sign.* Quamquam etiam contra ignorantem rem suam ab alio possideri usucapio procedit, *l. unic. C. de usuc. transfer. l. ult. C. de præsc. long. temp.* Privatum enim damnum, quod ex usucapione est, pensatur ærario publico, in quo vera & solida utilitas continetur, & cujus proinde prima ratio habenda. Atque hæc hujus acquisitionis defensio sit contra eos, quibus ea genere ipso injusta videtur: Appellat sane Justinianus præscriptionem *impium præsidium & improbam temporis allegationem*, *Nov. 9.* verum non simpliciter, sed quatenus eo præsidio homines scienter abutebantur contra constitutionem ipsius, & adversus bona ac subsidia Ecclesiarum. Postea tamen constitutionem istam abrogavit, experimento doctus, eam ex usu Reipub. non esse, *Nov. 111. & 131. cap. 6.* VINN. Nec tamen defendi non potest usucapionis justitia, si respiciamus ad ejus fundamentum. Qui intra tantum temporis spatium, puta intra decem vel viginti annos rerum suarum nullam curam egit, is sane eas videtur pro derelictis habuisse: maxime quum res immobiles, earumque situs latere vix possint. Si dicas, domino defuisse occasionem vindicandi, quidni possessionem saltim denuntiatione interrumpit? Et quidem, qui rem pro derelicta habet, animus esse debet & consilium derelinquendi, quale hic in domino esse negant, sed justissime leges hujusmodi consilium præsumunt ex negligentia domini, intra tantum temporis spatium rem non vindicantis. Si enim justa ipsi causa sit, cur vindicare non potuerit, veluti absentia reip. causa, minor ætas &c. leges ipsi haud negant restitutionem in integrum & usucapionem rescindunt. HEIN.

Ne domini maturius rebus suis defraudentur) Id est, ne maturius res suas amittant, ne possessionibus suis citius, quam pars est, cadant, ut est *in d. l. unic. C. de usucap. transform.* Usus autem est verbo defraudandi propter duritiem legis antiquæ, quæ nimis angusto temporis spatio usucapionem terminabat, remque alienam excluso domino addicebat possessori. Cæterum quod proprie hoc verbum significat; per fraudem rem alienam intervertere, id neque lege antiqua possessori permissum fuit.

Constitutionem super hoc promulgavimus) Ea est *l. unic. C. de usuc. transform.* qua lege, cum jam antea sustulisset antiquam distinctionem dominii in bonitarium & Quiritarium, *l. unic. C. de nud. jur. Quir. toll.* hoc insuper constituit, ut prædia provincialia eodem jure cum Italicis censerentur, atque æque ut Italica eodemque effectu usucapi possent. Præterea tempora usucapionum tam in rebus mobilibus, quam in rebus soli in tantum prolongavit, ut nulla justa querimonia supersit, si tam longo

tempore continuata possessio possessorem tueatur, eique dominium adjiciat. Summa constitutionis est, ut qui rem a non domino accepit ex justa causa & bona fide, eamque mobilem per triennium, immobilem per decem annos inter præsentes, per viginti inter absentes continenter possedit; is ejus rei dominus pleno jure efficiatur. (6) Quod jus etiam hodie apud nos obtinere debere multi contendunt. Alii ad rerum immobilium præscriptionem sive usucapionem triginta requiri annos, aut tertiam sæculi partem existimant. Apud Zelandos adversus præsentes annis viginti, adversus absentes triginta annorum spatio res soli certo jure usucapiuntur, *c.2. stat. Zeland. art. 2.* In hoc autem nunc fere a jure civili recessum est, quod in præscriptione quantumvis longissimi temporis non tantum bonum possessionis initium requiritur, verum etiam bonæ fidei perseverantia, juxta scita juris Canonici, *c. fin. C. de præscr.* cum jure civili sufficiat possessionem ab initio bona fide nancisci, aut bene cœpta usucapio aut præscriptio interpelletur incidente postea mala fide, *d. l. un. de usur. tr.* quin nec bonum initium in præscriptione 30. annorum jura civilia desiderent, *d. l. 3. l. 4. C. de præs. 30. ann.* Clarissimus Grotius *lib. 2. manud. de jurisp. Bat. c. 7.* tradit, duplicem in hac regione usucapionem seu præscriptionem rerum soli in usu antiquitus fuisse, unam brevioris, alteram longioris temporis. Brevem fuisse unius anni & diei, eamque jure singularum multarum civitatum & agrorum tunc locum habuisse, cum prædium aliquod venditum esset, interveniente auctoritate & cognitione Scabinorum aliorumve, qui jurisdictione præsunt, idque prævium per illud tempus ab emptore sine interpellatione possessum esset. Longam fuisse tanti temporis, quantum tertia pars sæculi continet, id est annorum 33. & 4. mensium: cui locus erat in alienatione rei immobilis facta absque cognitione publica. Et hoc sequendum etiamnum putat. De præscriptione tanti temporis juxta consuetudinem Geldriæ ex professo disserit doctissimus Lamb. Gor. *adv. jur. tract. 3. cap. 3.* Vix autem est, ut aliquid certi secundum mores hodiernos hic definiri possit. Vid. Groenevv. *ad rub. C. de præsc. 30. ann. & ibi laudat.*

Decennio inter præsentes, viginti annis inter absentes) Explicat, quantum tempus intelligat per possessionem longi temporis, nimirum inter præsentes, id est, qui in eadem provincia sunt, *l. ult. C. de præscr. long. temp.* decem annos, inter absentes viginti. Atque ita sicut ex veteri usucapione effectum sumit & acquisitionem veri dominii, ita ex veteri præscriptione sumit spatium temporis, atque id ad usucapionem omnium rerum immobilium transfert, efficitque ex duabus unam acquisitionis speciem, ut jam nulla amplius differentia inter præscriptionem & rerum immobilium usucapionem supersit; præscriptionem inquam longi temporis, quæ itidem ut usucapio titulum & bonam requirebat fidem: nam præscriptionis temporis longissimi, scil. vel 40. an. alia ratio est, quæ solo temporis lapsu possessorem tuetur.

TEXTUS.

Quæ usucapi possunt, vel non? De his quæ sunt extra commercium, de servo fugitivo.

1. *Sed aliquando, etiamsi maxime quis bona fide rem possederit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit, veluti si quis liberum hominem, vel rem sacram, vel religiosam, vel servum fugitivum possideat.*

NOTÆ.

1. *Liberum hominem, &c.*) Quia hæ res omnem respuunt acquisitionem, nec in bonis esse possunt, *l. 9. ff. hoc tit. §. 2. inf. de inut. stip.* Res quoque incorporales, veluti servitutes, natura sua usucapionem non recipiunt, *l. 14. ff. de serv. l. 43. de acq. rer. dom.* Cæterum effectu juris diuturno usu & ipsæ quasi usucapiuntur, *l. 10. si serv. vind. l. ult. Cod. de præscr. long. temp.*

Servum fugitivum) Defenditur tamen possessor fugitivi 30. annorum præscriptione, per *leg. 3. & 4. Cod. de præsc. 30. ann.*

COMMENTARIUS.

HOC §. & aliquot sequentibus disputatur de rebus quæ etsi corporales sunt, usucapionem tamen non recipiunt: sed quia multæ, quæ in hoc numero sunt, hic non commemorantur, ecce tibi in summa omnes exhibebo. Quarumdam rerum ea natura est, ut omnem omnino acquisitionem, qualiscumque ea sit, respuant, & consequenter simul usucapionem: cujusmodi sunt, quæ commercio humano sunt exemptæ, ac proinde in bonis haberi non possunt, ut homo liber, res sacræ, religiosæ, sanctæ, publicæ populi aut civitatum, *l. 4. l. 6. de contr. empt. l. 9. hoc tit.* Quædam etiam res sunt, quæ cum sint in bonis & acquiri possint, usucapi tamen non possunt, lege earum usucapionem prohibente. In hoc genere sunt res fisci, *§. 4. inf. l. quamvis 18. eod.* res dominicæ, *tit. C. ne rei dom. vel temp. vind.* civitatum, Ecclesiarum, gerontocomiorum & locorum similium, *l. 23. C. de sacros. Eccles. Nov. 111. & 131. cap. 6.* res furtivæ & vi possessæ, *§. seq.* præsidii contra legem Juliam datæ, *l. bonæ 48. de acquirer. rer. dom. leg. penult. de leg. Jul. rep.* res pupillorum, *dict. l. 3. C. quibus non obstat long. temp. præsc.* quin nec præscriptio 30. annorum contra pupillos currit, *l. 3. C. de præsc. 30. ann.* res minorum 25. annis, *l. ult. Cod. in quib. cap. in int. rest.* bona adventitia filiifam. *leg. 1. §. 2. C. de annal. exc.* fundus dotalis, cujus quoque alienatio lege Julia prohibita est, *l. 4. de fund. dotal.* hoc ipso etiam usucapionem prohibitam esse pro certo statuit Tryphonius in *l. si fundum 16. eod. tit.* Postremo res testamento alienari prohibitæ, *l. 2. C pro empt. l. ultim. §. sin autem 3. Cod. com. de legat.* Jam pergamus.

Liberum hominem) Sola temporis longinquitate, etiamsi sexaginta annorum curricula excesserit, libertatis jura non mutilari a Constantino rescriptum, est *l. ult. C. de long. temp. præsc. quæ pro lib.* Meminit Imp. 60. annorum, non quia longioris temporis lapsu libertati præscribatur; sed quia raro homines diutius vivunt. Etenim nec centum annorum præscriptio hic sufficeret, ut bene istic Accurs. quoniam nulli omnino hic locus esse titulo potest. Possessores 30. annorum defenduntur exceptione temporis, quæ omnes excludit actiones, etiamsi nec titulus probetur, nec bona fides, *l. 3. l. 4. de præscr. 30. ann.* Cæterum res ipsas, quæ possidentur, tales esse oportet, ut justo titulo acquiri, & dominio nostro subjici possint.

Servum fugitivum) Hic servus pertinet ad prohibitionem *§. seq.* quippe qui sui ipsius furtum facere intelligatur, *l. ancill. 60. de furt. leg. 1. Cod. de serv. fug.* Accursius putat, dominium ne 30. quidem annorum præscriptione excludi, eo quod possessionem fugientis servi retinet, *l. 1. §. per servum 14. l. rem qua 15. in fin.*

fin. de acquir. poss. Quod ineptum est. Nam cum de usucapione aut præscriptione quæritur, necesse est ejusmodi casus ponatur, quo alius servi possessionem nactus sit. Hoc vero cum sit, dominus possidere desinit.

T E X T U S.

De rebus furtivis & vi possessis.

2. *Furtivæ quoque res, & quæ vi possessæ sunt, nec si prædicto longo tempore bona fide possessæ fuerint, usucapi possunt. Nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum, & lex Attilia inhibent usucapionem: vi possessarum, lex Julia & Plautia. Quod autem dictum est, furtivarum & vi possessarum rerum usucapionem per leges prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere possint, (nam his alia ratione usucapio non competit; quia scilicet mala fide possident) sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit, vel ex alia causa acceperit, usucapiendi jus habeat. Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonæ fidei possessoribus usucapio competat. Nam qui sciens alienam rem vendiderit, vel ex alia causa tradiderit, furtum ejus committit. Sed tamen id aliquando aliter se habet. Nam si hæres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam, existimans hæreditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit; quin is, qui acceperit, usucapere possit, dubium non est. Quippe cum ea res in furti vitium non ceciderit; quum utique hæres, qui bona fide tamquam suam alienaverit, furtum non committat. Item si is, ad quem ancillæ ususfructus pertinet, partum suum esse credens vendiderit, aut si donaverit, furtum non committitur. Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquam transferat, & efficiat, ut a possessore usucapiatur. Quod autem ad eas res, quæ solo continentur, expedit, jus ita procedit, ut si quis loci vacantis possessionem propter absentiam aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine vi nanciscatur; quamvis ipse mala fide possideat, (quia intelligit, se alienum fundum occupasse) tamen si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res acquiri: quia neque furtivum, neque vi possessum acceperit. Abolita est enim quorumdam veterum sententia existimantium, etiam fundi locive furtum fieri. Et eorum utilitati, qui res soli possident, principalibus constitutionibus prospicitur, ne cui longa & indubitata possessio debeat auferri.*

N O T Æ.

2. *Lex Attilia*) In Pand Flor. *Attinia l.4. §.6. l.33. pr. h. t. l. 215. de verb. signific.* Auctoritas, ait Grot. *in spar. Flor.* est jus vindicandi. VINN. Recte hæc lex dicitur *Attinia*, non *Attilia*, uti apparet ex Gell. *lib. 17. cap. 7.* Ex quo etiam discimus, hanc legem antiquiorem esse temporibus Scævolæ, Bruti, Manlii, P. Nigidii JCtorum. Verosimile itaque est eam latam A. U. C. DLVI. C. Cornelio Cethego, & Q. Minucio Rufo Coss. a C. Attinio, Labeone, Tribuno plebis. Steph. Vin. Pign. *Annal. Som. Tom. II. pagin. 255.* HEIN.

Ab eis bon. fid. emerit) Aut ab aliis, qui jam ante a fure aut violento possessore rem acceperunt.

Bon. fid. accipienti) Species: Cum Titius longo tempore abesset, fundumque suum incultum relinqueret, eum Sejus occupavit, ac mox vendidit, & tradidit, Sempronio ignoranti fundum alienum esse. Hic etsi ipsi quidem Sejo non processisset usucapio propter malam fidem; procedet tamen Sempronio bonæ fidei possessori; quia neque furtivum, neque vi possessum accepit. VINN. Sunt hæc ex Theophili paraphrasi *hoc §.* descripta. HEIN.

Quorumdam sententia) *L.38. h. t.* Inter hos, & Sabinum fuisse testatur Gell. 11. C. *ult.*

COMMENTARIUS.

1. *Aliquo casu qui sciens rem alienam vendit, furtum facere non videri.*
2. *Emendationem Cujacii vers. Quod autem, non esse necessariam.*

F*Urtivarum rerum lex 12. tab. & lex Attinia*) Utriusque hujus legis etiam meminit Julian. *l. non solum 33. in pr. hoc t.* Verba legis Attiniæ prodit Gell. *lib.17. cap.7.* *Quod surreptum erit, ejus rei æterna auctoritas esto.* Quorum verborum hic sensus est: ejus rei, quæ surrepta est, dominium a domino numquam recedat: jus & potestatem habeat semper eam vindicandi; nec ullo usu alteri acquiratur. Fabrot. Quam sententiam fuisse legis, ex eo liquet, quod lex ita accepta est, quasi interdiceret rei furtivæ usucapionem. Eademque sententia est ejus, quod apud Cic. *lib.1. de offic. cap.12.* legimus: *Adversus hostem æterna auctoritas esto.* Proculdubio autem lege Attinia quædam addita sunt, de quibus prius lege 12. tabul. nihil cautum fuerat: & Paulus legi Attiniæ tribuit hoc caput, quod est de usucapienda re furtiva, cum in potestatem domini redit, *l.4. §. quod autem 6. hoc tit. leg. potestatis 215. de verb. sign.*

Vi possessarum lex Julia & Plautia) Leges hæ non uno tempore latæ: alioqui Julia Plautia diceretur sine copula, ut Plautia Papyria, Papia Poppæa, Junia Norbana, &c. sed Plautia de vi, item Julia de vi, hoc caput habuerunt. Plautia de vi prior fuit lege Julia, unde & in Pand. præponitur, *l. non solum 33. §.2. hoc tit.* Ait, *vi possessarum*. Vi possessa res sit oportet, ut usucapi nequeat, neque sufficit, vi aliquem de prædio dejectum esse, nisi qui dejecit, possessionem occupavit. Quod si ille ingressus non fuerit, sed alius in vacuam possessionem intraverit, poterit id prædium, etiam antequam in domini potestatem redeat, a bonæ fidei possessore usucapi, *l.4. §. si tu 22. l.83. §.2. eod.* VINN. Recte notat Vinnius binas has esse leges: & tamen illarum, tamquam unius meminerunt leges nostræ etiam alibi; *l.33. §.2. ff. de usurp. & usuc.* *Plautia*, vel Plotia de vi rata est a M. Plautio Trib. pl. anno U. C. DCLXIV. Cn. Pompejo Strabone & L. Portione Catone Coss. Julia autem non alia est, quam illa de vi publica & privata a Julio Augusto lata. Vid. *Antiq. Rom. nostr. Lib.2. t.6. §.5. pag.466.* HEIN.

Quod autem dictum est) Superfluum hoc monere. Frustra enim prædictæ leges latæ fuissent, si nihil aliud caverent, quam ut ne fur ipse, aut qui per vim possidet, usucapere possent. Quippe qui nec ante legem Attiniam, aut Plautiam usucapere potuere certo jure propter malam fidem, quam manifestum est usucapioni semper obstitisse. Hoc tantum prospicere leges voluerunt, ne maleficium alienum causam daret rem alienandi.

Ne ullus alius, quamvis ab eo bona fide) Aut etiam ab aliis, qui jam ante a fure aut violento possessore rem acceperunt. Nam res cum suo vitio, quo ab initio affecta est, transit, *l.7. Cod. pro empt. l. vitia* 11. *Cod. de acquir. poss.* Ut autem a bonæ fidei possessore usucapi possit, talem esse oportet, ut in se non habeat vitium, §. *novissime* 5. *inf. eod.* Denique ubi lex simpliciter inhibet usucapionem, bona fides possidenti ad usucapionem rei nihil prodest, *l. ubi* 24. *h. t.* Plane præscriptio triginta annorum dominum repellet; sic enim constitutum est de actionibus omnibus, sive in rem sint, sive in personam, ut triginta annorum jugi silentio præscriptione excludantur; usque adeo, ut in rebus possessis hoc etiam ipsis malæ fidei possessoribus tribuatur, *l.3. l.4. Cod. de præsc. 30. ann.* quanquam id secta nostrorum temporum non admittit.

Unde in rebus mobilibus non facile procedit) Quia rerum mobilium tantum, non etiam immobilium furtum fieri potest, inde colligit, usucapionem in rebus mobilibus difficilius, & rarius contingere, hoc argumento, quod res, quæ furto obnoxiæ sunt, etiam facile in furti vitium cadunt: quisquis enim rem alienam mobilem sciens quacumque ex causa alii tradit, eum furtum committere: quod etiam scriptum est, *l.2. Cod. pro empt. l.2. Cod. pro donat.*

(1) *Qui sciens rem alienam vendiderit*) Videamus an non aliquo casu hæc regula vitietur. Finge, hæredem rem defuncto commodatam, quam hæreditariam esse putabat, vendidisse, & tradidisse bona fide accipienti: emptorem, cum esset in conditione usucapiendi, cognovisse rem alienam esse. Constat, non interrumpi usucapionem: sed quæro, an si possessor eam rem, antequam usucapionem impleret, alteri iterum vendiderit, furtum facere dicendum sit? Et quidem, quamdiu res usucapta non est, aliena est, ut si verba regulæ præcise sequamur, dicendum sit, furtum committi: sed puto, hoc in proposito non debere admitti; & regulam procedere, cum quis ab initio scivit rem alienam esse: qui cum usucapere non possit, intelligitur vendendo rem velle intervertere domino: nam etsi sibi eam retineat intervertendi causa, furtum facit, *l. inficiando* 67. *de furt.* At vero qui bonum initium habet, cum possit ipse continuando possessionem rem usucapere, non potest videri furtum committere, si alteri eam tradat. Cujac. *ad l.7. §. procurator 6. pro empt.*

Sed tamen id aliquando aliter) Dixit modo, rerum mobilium difficilem esse usucapionem, idque probavit hac ratione, quod res alienæ mobiles difficulter transferantur, quia in vitium furti cadant. Id nunc ostendit aliquando aliter se habere, & non uno etiam modo circa furtum accidere posse, ut res aliena alteri vendatur, aut donetur, ac proinde totidem modis fieri, ut a bonæ fidei possessore usucapi queat. Locus hic descriptus est ex Cajo *l. potest* 36. *h. t.* non iisdem quibus verbis, sed idem significantibus, æque claris ac perspicuis. Quod ideo moneo, quia Hotomannus scribit, Tribonianum hoc loco non satis ad suum negotium attentum fuisse, & verba hujus textus nihil significare. Mihi ipse Hotomannus, dum hæc scriberet, vigilasse non videtur.

Bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit) Duos profert modos, quibus alienatio rei alienæ mobilis fit absque furto: utrumque ex Cajo *d. l.36.* Unus hic est, si hæres rem defuncto commodatam, locatam, aut apud eum depositam existimans eam hæreditariam esse, tamquam suam alienaverit. De hærede ipso rem talem retinente nihil dicit, quia ad probandum, quod propositum erat, sine vitio furti aliquando rem alienam transferri posse, hoc nihil facit. Nos, an hæres ipse hujusmodi rem usucapere possit, videbimus postea sub §. *diutina* 7. *infr. eodem*.

Partum suum esse credens) Casus hujus generis alter. Partus ancillæ in fructu non est, sed ad dominum proprietatis pertinet, §. *in pecudum* 37. *sup. de rer. div.* Sed nec fructuarius usucapere partum potest, sive sciat, partum alienum esse, sive ad se pertinere putet; quia juris hic error est, qui possessori in usucapione non prodest, *l. numquam* 31. *h. t.* Cæterum si partum suum esse credens, forte errori causam præbente, quod fœtus pecudum ad fructuarium pertinet, alteri cum vendiderit, poterit a bonæ fidei possessore usucapi, *d. l.36. §.1.* quippe cum hic nihil sit in persona accipientis: quod usucapioni obstet, neque furti vitio res affecta sit, non enim si fructuarius ignorantia juris partum ut suum vendat, idcirco eum furtivum facit. Quippe cum furtum non committatur sine animo, & affectu furandi, qui in errante nullus est, *l. furtum* 37. *eod.* §. *placuit* 6 *infr. de obl. quæ ex del.* vulgatumque est, quamvis vel fatuam existimationem excusare a dolo, *per. l.1. in fin. de abigeis, l.14. Cod. ad l. Fab. de plag.*

Aliis quoque modis accidere potest) Alius modus est apud Cajum *dict. l. 36. §. 1.* si quis sc. errore aliquo lapsus crediderit se hæredem esse, cum non esset, & rem hæreditariam alienaverit. Item alius apud Papin. *l. mandatum* 57. *mandat.* si hæres defuncti mandatarii quid distraverit animo exequendi, quod defunctus suæ curæ fecerat. Duo alii sunt apud Pomp. *l. pro derel.* si quis id, quod pro derelicto habitum possidebat, vendiderit, item si quis rem vendiderit ab uxore sibi donatam: usque adeo, ut hic non obstet usucapioni, quod emptor sciverit; rem in ea causa esse: quia quasi volente & concedente domino venditur, *d. l.5. pro derel.*

(2) *Quod autem ad eas, quæ solo continentur, expedit, jus ita procedit, ut si quis*) D. Cuj. hunc locum sic restituit: *Quod autem ad eas res, quæ solo continentur, expeditius procedit, ut quis &c.* ut hæc phrasis, *Quod ad eas res, quæ solo continentur*, sit elliptica, & intelligatur verbum *attinet*, & quia tunc nondum totius loci sententia constat, inter colon & conjunctionem discretivam *quamvis* ponit relativum *qui*. Ut si hæc sententia. Expeditius procedit, ut quis sine vi nanciscatur rei alienæ immobilis possessionem, quam rei mobilis sine furto; ac proinde etiam facilius est, ut res immobiles a bonæ fidei possessore usucapi queant. Quæ sententia quidem vera est; sed non ideo necesse est quicquam mutari. Nam & lectionis vulgatæ recta est, & aperta sententia, atque effectu pene eadem, nimirum hæc: *Quod ad res immobiles attinet*. Pro quo Tribonianus dixit, *Expedit, jus ita procedere, ut si quis fundi, aut loci alicui possessionem nactus sit sine vi, licet mala fide de quo dubitari præcipue poterat; is eum locum aut fundum in alium bona fide accipientem transferre possit cum conditione usucapiendi, in qua ipse propter malam fidem non erat; quoniam neque vi possessum accipitur, neque furtivum, cum rerum immobilium furtum fieri non intelligatur, lege furtum 37. §.1. & l. seq. h. t.* unde hæc sumpta sunt, in re autem aliena mobili secus esse, quæ a sciente vendita in vitium furti cadat. Quamobrem causam non video, cur restitutio Cujacii quibusdam tantopere placeat, VINN. At quis vel barbaro ævo ita loquutus est.

Quod

Quod ad hanc rem expedit, pro attinet? Recte itaque Cujacius vidit hic ellipsin esse: *quod autem ad eas res quæ solo continentur*, (scilicet attinet) Recte etiam pro *expedit jus* rescripsit *expeditius*. Sed ego postremas syllabas; *expedit* JUS ex lege geminationis legandas puto: *expeditius jus ita procedere*, quo facto sine ulteriore emendatione totius loci sententia constat. HEIN.

Vacantis propter absentiam aut negligentiam) Simplex absentia domini possessionem vacuam non facit: quippe quam constat solo animo retineri, *l.3. §. saltus 11.leg. 6. §. 1. de acq. possess. §. possidere 5. insr. de interd.* Quapropter locus hic intelligendus est de absentia domini diuturna, rem suam penitus negligentis, & relinquentis incultam; & Cajus hoc expressit, *longo tempore, d. leg. furtum 37. §.1.* Illi perspicue errant, qui locum vacantem interpretantur a domino derelictum. Quippe res pro derelicto habita statim fit occupantis, *§.pen. sup. de rer. div.* qui vero hic vacuus dicitur, negatur etiam usucapi ab occupante posse, uti & in *l. quam rem 38. eod.* Errat & Glossa, quod putat, quæ hic scripta sunt, correcta esse per *l. ult. C. unde vi*, eoque nomine etiam vulgo reprehenditur. Non enim ideo quia Justinianus interdictum momentaneæ possessionis dedit adversus eum, qui vacantem possessionem occupavit, statim pronunciandum est, eum in cæteris quoque omnibus pro invasore & violento possessore habendum esse. Et potest aliquo casu etiam, ubi competit interdictum unde vi, locus esse usucapioni, *l. 4. §. si tu me 22. l. non solum 33. §.2. h. t.* Adde, quod constitutio ista diutius anno ante Institutiones edita fuit, ut ostendit subscriptio.

Sine successore decesserit) Ita etiam Cajus *dict. l.37. §.1. eod.* Sine successore autem sic accipiemus, non tantum si quis decesserit sine ullo successore, sed etiam si certum successorem reliquerit, legitimum, aut testamentarium hæredem, quamdiu is rerum hæreditariarum possessionem nondum nactus sit. Et jacente quidem adhuc hæreditate, nec furtum rei hæreditariæ fieri, a Scævola proditum est, *leg.1. §. Scævola 15. si qui test. lib.* Adita autem hæreditate, etsi jura omnia ad hæredem transeunt, possessio tamen ei non acquiritur, nisi naturaliter apprehensa fuerit, *l. cum hæredes 23. de acquir. possess.* Quamobrem etsi quis vacantis fundi hæreditarii possessionem sine vi occupavit, etiam ubi certus hæres est, eumque bona fide accipienti tradidit, procedet bonæ fidei possessori usucapio: quia neque furtivum, neque vi possessum accepit. Neque obstat quod constitutum est, cœptam usucapionem a defuncto posse & ante aditam hæreditatem impleri, *leg. captam 40. h. t.* ut proinde non videatur posse rem interim ab alio possideri, quoniam duo eamdem rem simul possidere nequeunt, *l.3. §. ex contrario 5. de acq. poss.* Hoc enim, ut alibi traditum est, tunc procedit, quando medio tempore possessio ab alio occupata non est, *l. possess. 20. h. t. l.6. §.ult. pro empt.* Deinde de re loquimur, quæ defuncti propria fuit, non quam ille possidebat tantum, & cœperat usucapere.

Abolita est sententia existimantium) In hac opinione etiam Masurium Sabinum fuisse testatur Gell. *l.11. cap. ult.* non quod ille crediderit fundum locumve auferri, aut loco moveri posse, sed quia furtum a fraude dici putavit, vel, ut Varro quoque & Labeo, a furvo, quod clam & obscure, & plerumque nocte fiat: æque autem clam & per fraudem posse intercipi possessionem fundi, ac rei mobilis aut se moventis. Sed verius est, furtum a ferendo seu auferendo dictum esse, aut potius a Græco φώρ, per affinitatem litterarum, quod φέρειν, Græci dixere, *l.1. de furt. §.2. inf. de obl. quæ ex del.* Gell. *lib.2. cap.8.* quæ notatio non patitur, ut rei immobilis furtum fieri dicamus. Quin nec illud verum est, possessionem domino interverti, si quis clam fundum ingressus fuerit, *l. 6. §. 1. de acquir. possess.* furtum autem est interversio possessionis. Quod si revertentem dominum admiserit, jam vi intelligitur possidere, *d. loc.*

Fundi locive) Auctores nostri plerumque fundum a loco separant, *l. ex mille 64. de evict.* Cajus *l.38. h.t.* & *hic* Justinian. Per fundum fere integrum quid significant, agrum cum villa, ædificium cum area: per locum autem certam fundi portionem *l. locus 26. de acq. poss.* & plerumque agrum aut aream, qui loci sunt sine ædificio, in urbe area, ruri ager, *l. ager 27. l. locus 60. l. quæst. 115. l. fundi 211. de verb. sign.* Quamquam hæc non sunt perpetua, & loci significatio sæpe generalior quam fundi etiam apud nostros, *l.4. si serv. vind. l.1. §. 4. unde vi.* Consulendi Alciat. Forn. Gœdd. *in tit. de verb. sign.*

Principalibus constitutionibus) Tum quibus possessores rerum soli longi temporis, id est, 10. vel 20. annorum possessione defenduntur, *t. Cod. de præsc. long. temp.* quod tempus nunc ad rerum immobilium usucapionem translatum est: tum quibus 30. annorum præscriptione domini omnimodo excluduntur, *l.3. & 4. Cod. de præsc. 30. ann.* Illud hic monendi sumus, Just. *Nov. 119. c.7.* unde sumpta est *auth. malæ fidei, Cod. de præsc. long. tem.* hactenus juris ejus, de quo proxime agimus, constitutioni derogasse, ut si a possessore malæ fidei res alienata sit, non aliter ab eo, qui eam etiam bona fide accepit, usucapi aut longa possessione 10. vel 20. annorum acquiri possit, quam si dominus sciverit, rem suam ab alio possessam esse, & toto eo tempore contestatus non sit: alioqui spectari jubet 30. annorum præscriptionem. Cæterum hoc procedere tunc tantum volunt, si eo ipso tempore, quo res alteri traditur, sciat is qui tradit rem alienam esse, & nec initium quoque bonum habuerit. Add. quæ notat D. Gothof. ad *d. auth.*

TEXTUS.

De vitio purgato.

3. *Aliquando etiam furtiva, vel vi possessa res usucapi potest; veluti si domini potestatem reversa fuerit: tunc enim vitio vel purgato, procedit ejus usucapio.*

NOTÆ.

3. *In potestatem domini)* Non utique ejus, cui surrepta est, *l.4. §.6. h. t. l.ult. de vi bon. rapt.* Igitur si creditori res surrepta sit, in domini potestatem redire debet, *d. l.4. §. 6.* nisi dominus ipse surripuerit, ita accipe Paul. *l. ult. eod.* in potestatem domini rediisse videtur, cum possessionem ejus nactus est juste, ut avelli non possit, & tanquam suæ rei, *d. l. 4. §. 1.*

COMMENTARIUS.

1. *Si res pignori data surrepta sit, utrius in potestatem redire debeat, ut vitium purgetur: domini debitoris, an creditoris?*

Re-

Rerum furtivarum vi possessarum contra legem Juliam datarum vitium purgatur, si in potestatem domini, aut prioris possessoris redierint: ex quo fit, ut jam iterum usucapi posse incipiant, *l. 4. §. quod autem 6. l. ubi 24. §.1. hoc t. l.pen. de leg. Jul. rep.* Verbum potestatis in proposito possessionem significat, & potestatem habendi tenendique, *dict. l.4. §. tunc 12.* Res vi possessa redire debet in potestatem ejus, qui dejectus est, ut maxime dominus non sit: neque enim aliter vitium violentiæ purgatur, quam si dejectus ipse restituatur in possessionem, *fac. leg. 6. §. 3. de præcar.* Res contra legem repetundarum data necesse est ut revertatur in potestatem ejus, a quo profecta est, hæredisve ejus, *dict. l. pen. de leg. Jul. rep.* Rei autem furtivæ vitium ut purgetur, in ipsius domini potestatem eam reverti oportet, *dict. l. 4. §. quod autem 6.* quippe furtum in re furtiva solum dominum lædit: cui proinde soli etiam de re furtiva condictio competit, *§. ult. inf. de obl. quæ ex del.* Plane nihil interest, utrum in potestatem domini aut possessoris res pervenerit, an quocumque modo his satisfactum sit, *dict. l. 4. §. sed & si 13. l. si fur. 32. pr. eod. l. quamvis 84. de furt.* (1) De re pignori data & surrepta creditori dubitari potest, in domini debitoris, an creditoris potestatem redire debeat, ut vitium purgetur, & usucapi possit: nam Paulus respondit, in domini potestatem eam redire debere, *dict. l.4. §. quod autem 6.* Labeonis quoque eadem sententia est, *l.ult. eod.* Idem tamen Paulus *dict. l.ult.* notas ad Labeonem scribens contra affirmat rem pignori datam & surreptam usucapi posse, si in potestatem creditoris redierit. Sed hæc non magno negotio conciliari possunt. Refert enim, utrum debitor ipse, an alius rem creditori surripuerit. Posteriore casu semper necesse est, ut vitium purgetur, in potestatem debitoris rem reverti, *d. l.4. §. quod autem 6.* atque hoc etiam Labeo sensit. Priore autem casu purgatur reversa in potestatem creditoris, neque hoc Labeo negaret, fuitque semper extra omnem controversiam, atque a Paulo tantum indicatur, ut ostendat, posse aliquando pignus, quod in potestatem creditoris rediit, usucapi: quod Labeo non expresserat. Fuit autem, ut dixi, illud explorati juris: siquidem ratio alia esse debet purgandi vitii per reversionem rei in potestatem alterius quam furis. Enimvero hoc amplius usucapionem admittebat Cassius, etiamsi pignus a debitore surreptum & distractum in potestatem creditoris nondum pervenisset: eaque sententia etiam obtinuit, *dict. l.4. §. si rem. 21. l.5. pro empt.* quamvis aliis, nec dubito quin Labeoni etiam & successoribus ejus, displicuerit, & absurdum visum sit, ab eodem & fieri furtum, & furtum emendari: quorum sententia etiam expresse confirmari videtur *l.6. Cod. pro empt.* Verum Cujac. *in dict. l.4. §.1. si rem 21.* ita distinguit. Aut debitor non tenente creditore pignus alii vendidit, & tunc ab emptore usucapi non potest, quia in ipsa venditione furtum committitur, nec post admissum furtum vitium purgatur re in potestatem non redeunte; ac de hoc casu loqui putat *dict. leg. 6. Cod. pro empt.* aut tenenti creditori pignus aufert, & deinde vendit, & tunc ab emptore usucapi posse existimat: quoniam postquam furtum factum est, res in potestate debitoris fuit; atque hoc ostendere, *dict. l.4. §. si rem 1. h. t. dict. l.5. pro empt.* Illud constat, tractari in hac quæstione de re aliena, quæ a bonæ fidei possessore pignori obligata est, ut sit locus usucapioni pro emptore, *dict. l.5. pro empt.* Quamvis enim res aliena pignori non sit, inter ipsos tamen, qui contraxerunt, rata est pignoris conventio, *per l.9. §.pen. l. si pign.22. §.2. de pign. act.*

TEXTUS.

De re fiscali & bonis vacantibus.

4. *Res fisci nostri usucapi non potest, sed Papinianus scripsit, bonis vacantibus fisco nondum nuntiatis, bonæ fidei emptorem traditam sibi rem ex his bonis usucapere posse, & ita divus Pius, & divi Severus & Antoninus rescripserunt.*

NOTÆ.

4. *Res fisci*) *l.18. l.24. §.1. h. t.* Sunt, & aliæ, ut res dominicæ, *Cod. ne rei dom. vel temp.* civitatum, Ecclesiarum, gerontocomiorum, &c. de quibus, *C. ultim. Cod. de fund. patrim l. ultim. Cod. de fund. rei priv. lib.11. l.23. Cod. de Sacros. Eccl. Nov. 9. Nov. 111. Nov.131. cap.6.* Res populorum, *l. 3. Cod. quib. non obst long. temp. præsc.* minorum, *l. ultim. Cod. in quib. ca in int. rest.* præsidi contra leg. Juliam datæ, *l. pen. de leg. Jul. rep. l.48. de acq. rer. dom.* bona adventitia filiifam. *l.1. §.v. Cod. de ann. exc.* denique res prohibitæ alienari aut lege aut testamento, *l.2. C. pro empt. l.16. de fund. dot.*

COMMENTARIUS.

1. *Hoc §. tolli videri præscriptionem quadriennii, quæ olim bonorum vacantium possessori dabatur adversus fiscum.*

Inter res, quæ juris constitutione usucapioni obnoxiæ non sunt, quarum summam complexus sum sub §. 1. *sup.* primum locum obtinent res fisci, *leg. quamvis 28. ubi 24. §. 1. h. t. leg.2. Cod. com. de usuc.* Hoc autem privilegium rebus fiscalibus merito datum est, ne negligentia procuratoris fisci Principis noceat, qui aliis curis implicatur, & tot ac tanta negotia sustinet, ut de suis aut fisci rebus ipsi inquirendi otium non sit. Rerum patrimonialium eadem ratio est, quæ ob id etiam cum fiscalibus comparantur, *§.ult. eod.* Nullane igitur temporis defensio possessorem adversus fiscum tuetur? De fundis patrimonialibus & rei privatæ rescriptum est, possessores eorum 40. annorum præscriptione defendi, *l.ult. Cod. de fund. patrim. lib.11. l.ult. Cod. de fund. rei priv. lib. eod.* Tantum hoc cavetur, ut ne adversus fiscum ea præscriptione hoc assequantur, ut in futurum a canone possessio sit immunis, *l.6. Cod.d. t.* Cæterum Justinianus, *l. ut inter Cod. de sacros. Eccl.* civitatibus hoc privilegium dedit, ut adversus eas nulla procedat temporis præscriptio, præterquam 100. annorum; quo jure vel magis fiscum uti oportet. Idem jus eodem loco concedit etiam Ecclesiis: & confirmat *Nov. 9.* verum abrogat iterum *Nov. 111. & Nov. 131. cap.6.* substituta pro 110. annorum 40. præscriptione: quibus posterioribus constitutionibus sublatum quoque intelligi debet jus civitatibus datum, *l. 23. Cod. de sacrosc. Eccles.* atque ita postremo in his rebus reditur ad præscriptionem 40. annorum. In causis fisci criminalibus, uti persecutio criminum, regulariter exceptione 20. annorum excluditur, *leg. querela 12. Cod. ad leg. Corn. de fals.* ita etiam persecutio bonorum damnati aut

aut adnotati, quæ fiscus habet, eoque refero *l. in omnibus. 13. de diverf. temp. præfc.* quamvis D. Cuj. eam accipiat de casibus fisci civilibus, quas omnes scribit 20. annis extingui, excepta causa commissi & bonorum vacantium, *l. 2. C. de vect. & comm. l. 2. §. 1. de jur. fisc.*

Bonis vacantibus) Bona vacantia dicuntur eorum, qui sine hærede decesserunt. Strabo *lib. 17. Geogr.* ἀδέσποτα vocat Harmenopulus ἀκληρονόμητα *lib. 13. t. 1. §. 18.* Hæc ex lege Julia caducaria ad fiscum pertinet, *l. quidam 96. §. 1. l. filiusf. 114. §. 2. de legat. 1. l. 1. de jur. fisc. l. 1. Cod. de quadr. præscr. lib. 1. Cod. de bon. vac. &c.* Jus occupandi bona vacantia inter regalia numeratur, *lib. 2. Feud. t. quæ sint reg.* Erant autem certi delatores, qui hujusmodi bona aliamve rem ad fiscum pertinentem præmii alicujus gratia nuntiabant, *t. de jur. fisc. passim*, similes fere antiquis quadruplatoribus, de qua voce vid. *Fest.* Bonorum vacantium numero habenda etiam bona caduca nondum nuntiata, ita dicta, quod in fiscum certis de causis cadunt. Verum caduca pene a Justiniano sublata sint, *l. unic. C. de cad. toll.*

Fisco nondum nuntiatis) Nempe a delatoribus, qui nuntiabant, aliquid cecidisse in fiscum, *passim t. de jur. fisc.* de quo ex professo Gudel. *l. 5. de jur. nov. c. 10.*

Usucapere posse) Opus tamen ad introducendam usucapionem rerum vacantium fuisse rescriptis, indicat hic locus, *& dict. l. 18. eod.* quippe bona vacantia ad fiscum pertinent ipso jure, etsi in patrimonio fisci non videantur computari, antequam nuntiata sunt, & fiscus ad ea animum adjecit. (1) Videtur autem Justinianus hic tollere præscriptionem quadriennii, quæ bonorum vacantium possessori dabatur adversus fiscum post quadriennium agentem, *l. 1. C. de quadrienn. præscr. l. 1. §. de jur. fisc. l. 10. de div. temp. præsc.* Nam olim quidem hic sua utilitas & præscriptioni quadriennii & usucapioni anni aut biennii adversus fiscum fuit: præscriptioni in eo, quod fisco eo obstabat sine consideratione bonæ aut malæ fidei possessoris; quippe cum hoc tempus actioni fisci præstitutum esset, uti quinquennium vindicandæ rei, quæ in commissum cecidisset, *l. 2. C. de vind. & comm.* usucapioni in eo, quod breviori tempore impleatur. Si vero idem tempus in usucapione rerum immobilium vacantium adversus fiscum desideramus: quod aliarum hujus generis rerum usucapioni Justinianus præstituit, poterit fiscus usque ad 10. annos quæstionem de iis rebus movere, neque amplius finietur nuntiatio quadriennio. Et tamen vix dubito, quin hæc mens Justiniani fuerit: argumentoque est, quod Tribonianus in *l. quamvis 18. h. t.* pro eo, quod Modestinus scripserat, *usucapiet*, reposuit, *diutina possessione capiet*: uti primæ notæ Scriptores omnes profitentur. Hæc vulgo intacta.

TEXTUS.

Regula generalis.

5. Novissime sciendum est, rem talem esse debere, ut in se non habeat vitium, ut a bonæ fidei emptore usucapi possit, vel qui ex alio justa causa possidet.

COMMENTARIUS.

Conclusio superiorum. In summa autem hoc dicit, non sufficere possessori ad usucapionem, quod bona fide possideat, quod rem ex justa causa seu titulo ad transferendum dominium idoneo acceperit, nisi res sit integra, & in se nullum vitium habeat, id est, talis sit, quæ neque natura, neque lege usucapioni exempta est, *fac. l. ubi 24. h. t. l. 5. Cod. pro empt.* De possessione, quæ fundamentum est usucapionis & causa proxima, deque ejus continuatione, dicam ad *§. diutina 7. infr.*

TEXTUS.

De errore falsæ causæ.

6. Error autem falsæ causæ usucapionem non parit, velut si quis, quam non emerit, emisse se existimans, possideat, vel quum ei donatum non fuerit, quasi ex donato possideat.

COMMENTARIUS.

Jam ante dictum est, nulla justa causa possessionis præcedente, usucapionem aut longi temporis præscriptionem non procedere, *l. null. 24. Cod. de rei vind. l. 4. C. de præsc. long. temp. l. 6. C. de acq. poss.* Hæ causæ in usu juris etiam tituli appellantur, *l. ult. C. de usuc. pro hær. d. l. nullo 24. C. de rei vind. l. 4. C. de præsc. long. temp.* Justæ autem causæ possessionis sunt eædem, quæ & dominii acquirendi, *l. 3. §. 21. de acq. poss.* ubi pleræque hujus generis commemorantur. Error autem falsæ causæ, id est, opinio justi tituli usucapionem non parit, sed oportet titulum revera intervenisse: hoc est, non is, qui putat se emisse, sibi donatum aut legatum esse, cum non sit, pro emptore, pro donato aut legato usucapere potest; sed is solus, qui vere emit, cui res vere donata aut legata est, *l. Celsus 27. h. t. l. 7. pro don. l. 2. & 3. pro leg. l. 7. pro derel. l. 1. §. ult. pro dot.* quippe falsa nostra existimatio rei veritatem non mutat, *l. 6. ad mun.* Quidam tamen veterum censebant, in falsa opinione tituli admittendam esse usucapionem pro suo: sed errare eos Celsus ostendit *d. l. 27.* Utitur autem hac ratione, quod ubi nihil emptum, nihil donatum aut legatum est, usucapio pro emptore, pro donato aut legato non valeat. Quæ ratio prima fronte inepta videri potest: nam illi, quos errare ait, non hoc dicunt, bonæ fidei possessorem, qui modo emptum, donatum aut legatum sibi existimet, etiamsi nihil horum sit, pro emptore, prove donato aut legato usucapere posse, sed pro suo: quod ratio Celsi non videtur removere, quoniam & titulus pro suo justus titulus est. Explicanda igitur est Celsi ratio, ut appareat, ex ea etiam effici, ut in proposito nec locus sit usucapioni pro suo. Titulus pro suo duplex est, unus specialis, qui ex sola conditione rei possessæ nascitur, & locum habet in his, quæ sola occupatione nostra fiunt, ex quo titulo certa usucapio, *l. 2. pro suo* alter generalis, cohærens cum aliis omnibus causis; ut ecce, qui bona fide pro emptore, pro donato, prove legato possidet, is simul ex his causis etiam possidet pro suo: sed hic titulus generalis pro justo titulo possessionis non habetur, nisi concurrat alius specialis, cui ille adhæreat, *l. 1. pro suo.* Jam puto, intelligitur, quam vim ratio Celsi habeat; nimirum remoto alio titulo speciali, quem in proposito nullum esse in confesso est, admitti non posse generalem illum pro suo. Cæterum hoc totum sic acceptum est, ut justus & probabilis error possessoris usucapione non obest, veluti, si servus aut procurator rem aliquam se emisse falso domino per-

persuaserint, quam emendam illis mandaverat, in hoc errore possessor pro emptore usucapiet, quia in aliena facti ignorantia tolerabilis error est, *l. quod vulgo* 11. *pro empt. l. ult.* §. 1. *pro suo*. Potest & in nostro ipsorum facto talis error intervenire, ut usucapio non impediatur, *l.* 2. §. *si pupillo*, 15. *& §. seq. pro empt.*

TEXTUS.

De accessione possessionis.

7. *Diutina possessio, quæ prodesse cœperat defuncto, & hæredi & bonorum possessori, continuatur, licet ipse sciat, prædium alienum esse. Quod si ille initium justum non habuit, hæredi & bonorum possessori licet ignoranti possessio non prodest. Quod nostra constitutio similiter & in usucapionibus observari constituit, ut tempora continuentur.*

NOTÆ.

7. *Diutina possessio*) Sine possessione usucapio non procedit, *l.* 25. *h. t.* Non autem præcise exigitur possessionis continuatio in una eademque persona; sed receptum, ut etiam alienæ possessionis accessione uti liceat, *l.* 14. *h. t. l.* 2. §. 19. *& seq. pro empt. l.* 13. §. 1. *& deinceps de acq. poss. l.* 14. *de div. & temp. præscr.*

Hæredi continuatur) *l.* 43. *h. t. d. l.* 2. §. 19. eadem ratione, qua perseverat usucapere, qui postea cognovit rem alienam esse, *l.* 48. §. 1. *de acq. rer. dom.* nam hæres defuncti vice fungitur, *l.* 22. *hoc tit.*

Hæredi non prodest) Quin etiam ... hæres non tantum in virtutes, sed etiam in vitia defuncti, succedit, *l.* 11. *de div. & temp. præsc. l.* 11. *Cod. de acq. poss.*

Et in usucapionibus) Sensus est, se constitutione sua cavisse ut eadem temporis inter hæredem & defunctum continuatio observaretur & in usucapione a se reformata, & rerum quoque mobilium, Cujaciana transpositio non placet.

COMMENTARIUS.

1. *Quid in hoc argumentum sit possidere?*
2. *Possessionem legitimi temporis ad usucapionem definiti continuatam requiri.*
3. *Interrumpi possessionem duobus modis: & quis utriusque effectus?*
4. *Ad implendam usucapionem etiam alienæ possessionis accessione uti licere.*
5. *Justam possessionem defuncti prodesse etiam scienti rem alienam esse: injustam defuncti non prodesse licet ignoranti. Et quam rationem utrumque habeat?*
6. *Cujac. VVesemb. Hotomannus confutantur: & quis sit sensus verborum, in calce hujus §. ostenditur.*

IN primis eum, quem usucapere volumus, possidere oportet. Sine possessione, ait Jurisconsultus, usucapio contingere non potest, *l.* 25. *h. t.* (1) Possidere in hoc argumento is solus intelligitur, qui animo dominantis rem tenet. Quamobrem hinc removentur primum, qui alieno nomine in possessione sunt, ut fructuarius, creditor, colonus, is cui res commodata, aut apud quem deposita est, *l. non solum*, 33. §. *qui pignori*, 4. *h. t. l. pen.* §. *qui satisd. cog.* §. 4. *infr. per quas pers.* §. *possidere*, 5. *infr. de interd.* deinde etiam sequester, apud quem possessio deposita est: item is, cui possessio tradita est, ut eam postea restituat. Etsi enim hi vere possideant, *l. licet*, 17. §. *depos. l. si quis*, 17. *in fin. de acq. poss.* tamen quoad effectum usucapionis pro possessoribus haberi non possunt; quia rem non ut suam, non animo domini tenent. (2) Possidere autem oportet totum illud tempus, quod lege definitum est, rem mobilem triennium, immobilem decem aut viginti annos, & possidere continenter sine possessionis interruptione. Hinc recte usucapio a Modestino definitur, adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiri, *leg.* 3. *h. t.* In computatione temporis hoc observatur, ut non a momento ad momentum computetur, sed dies postremus cœptus pro impleto habeatur, *l.* 6. *eod.* Interrumpitur possessio duobus modis: uno naturaliter, veluti cum quis vi de possessione ejicitur, aut res nobis eripitur, *l.* 5. *eod. l.* 15. *de acq. poss.* altero civiliter per litis contestationem: hoc modo civiliter interrumpi possessionem dicimus, quia post litis contestationem vere & naturaliter possidere non definimus, & implemus usucapionem, *l.* 3. *pro don. leg.* 2. *ult. pro empt.* sed impleta inter moras judicii usucapio effectu juris victo possessori non prodest, sed rem restituere cogitur, perinde quasi non usucepisset, *l. si post*, 18. *de rei vind.* (3) Naturalis interruptionis hanc vim fuisse constat, ut etsi quis amissam semel possessionem deinde recuperasset, ei prioris possessionis tempora ad usucapionem aut præscriptionem non prodessent, sed a reperata possessione tempus denuo inchoaretur: & proinde etiam, quod ad bonam fidem possidentis attinet, initium possessionis recuperatæ spectatum fuisse, *l.* 15. §. 2. *h. t. l.* 7. §. *qui bona*, 4. *pro empt.* Neque ex hoc jure quicquam mutatum. Litis autem contestatione usucapio non interpellabatur, sed, ut dixi, condemnato possessore erat inefficax; lite omissa erat efficax. At longi temporis præscriptio, quod facti esset, etiam plene interrumpebatur lite, ut nec lite omissa ullius momenti esset, etiamsi post omissam litem ex integro is, cum quo actum erat, longo tempore possedisset, *l.* 2. *l.* 3. *l. nec bonæ*, 10. *C. de long. temp. præscr. l. nemo*, 10. *C. de acq. poss.* Sed hæc differentia sublata est per *l. pen. & ult. C. de ann. except. l. un. C. de usur. transf.* An ergo & mala fide simpliciter incidens, quæ usucapionem neutiquam interpellabat, *l. bonæ*, 48. §. 1. *de acq. rer. dom.* interpellavit præscriptionem longi temporis? Id quidem affirmat Cujacius in *d. l.* 2. §. *ult. pro empt.* Verum hoc nusquam scriptum est: nec eadem effecta, quæ litis contestationi tributa sunt, fuisse scientiæ rei alienæ simpliciter incidentis, argumento est tum vetus usucapio; tum etiam Justinianæa, quæ non interrumpitur ex posteriore alienæ rei scientia, *d. l. un. C. de usuc. transf.* plenissime tamen interrumpitur litis contestatione, atque adeo libelli oblatione, ut expresse constitutum est *leg. pen. & ult. C. de ann. except.* Atque hactenus igitur minus est in nova usucapione, quam in veteri fuit, quod nova dictis modis plane interpellatur. (4) Continuationem possessionis dum exigimus, non hoc præcise exigimus, ut una eadem persona per totum legitimum tempus continenter possideat; sed receptum est, ut ad usucapionem & longi temporis præscriptionem implendam alienæ possessionis accessione uti liceat. Atque hoc tributum est, licet dissimiliter, de quo statim, eam successori rerum singularum, puta emptori, donatario, quam successori universi juris, ut hæredi aut bonorum possessori, *h. t. & §. seq. leg.* 14. *eod. l.* 2. §. *si defunctus*, 18. *& seq. pro empt.*

empt. leg. Pomponius, 13. §. 1. *& seqq. de acquir. poss. l. de accessionibus*, 44. *de div. temp. præscr.*

Licet ipse sciat prædium alienum esse. Quod si ille initium justum non habuerit) Hæc non ad quemvis successorem, sed ad successorem universi juris, hæredem, aut bonorum possessorem tantum pertinent. (5) Duo autem hic traduntur: unum est, justam possessionem defuncti prodesse hæredi, & procedere etiamsi hæres sciat rem alienam esse, quod & traditur *l. hæres*, 43. *h. tit. l. 2. §. si defunctus*, 19. *pro empt.* alterum, injustam possessionem defuncti hæredi non procedere, licet ignoret rem alienam esse, fac, *l. cum hæres*, 11. *de div. temp. præsc. l. vitia*, 11. *Cod. de acq. posseß.* Utrumque eandem rationem habet, quia scilicet hæres personam & conditionem defuncti suscipit, ita una persona cum defuncto censeatur. Hoc enim posito, qualitas possessionis ex persona defuncti tantum æstimanda, ut illa vel prosit hæredi, vel noceat: prosit si defunctus bonum initium habuerit, etsi hæres non habeat; noceat, si defunctus bonum initium non habuerit, etiam hæres habeat, & perinde per omnia habeatur, ac si defunctus adhuc ipse possideret. Succedit itaque hæres non tantum in virtutes defuncti, sed etiam in vitia, nec ignoratione sua ea excludit, ut ait Papinianus *d. l.* 11. *de div. temp. præscript. & Impp. d. l.* 11. *C. de acq. poss. Vitia possessionum*, inquiunt, *a majoribus contracta, perdurant, & successorem auctoris sui culpa comitatur.* Ex quo hoc amplius etiam intelligimus, errare eos, qui hæredem volentem uti accessione possessionis defuncti a semetipso inchoare possessionem, atque usucapionem proscriptionemve statuto tempore implere posse arbitrantur: quod jus tantum singulare est successori, ut postea demonstrabitur. Nihil vero eorum opinionem juvat *lex pen. pro hær.* Neque enim negamus, posse aliquando hæredem usucapere, quod defunctus non potuit: sed dicimus, non posse, quod defunctus vitiose possedit. Ut ecce, potest hæres ex sententia plerorumque veterum usucapere rem, quam putat hæreditariam esse, cum non sit, sed defuncto commodata, aut pignorata, aut apud eum deposita, quo modo explicanda est *d. l. pen.* nimirum quia nihil ex persona defuncti hic obstat hæredi, quominus eam rem pro hærede usucapere possit: quamquam sunt, inter quos etiam Bachovius, qui nec hoc ipso casu usucapionem pro hærede admittunt, per *l. 2. & ult. C. pro hær. leg. 4. C. de præscr. long. temp.* Sed hoc si sequimur delendi erunt *tit. de usucap. pro hærede*, possuntque *dd. leg. 2. & ult.* commode accipi de iis, qui falso existimant se hæredes esse, & *d. l. ult. d. l.* 4. etiam de vero hærede, sed qui rem ex titulo ad usucapionem inhabili tenens, possessionis causam sibi mutare conatur, eamque rem obtentu, quasi hæreditaria esset, pro hærede usucapere; cujusmodi species proponitur *d. l. 2. §. 1. pro hæred.* VINN. Titulus pro hærede qualis sit, apparet ex Pomponii verbis *l. pen. ff. pro hær. Plerique putaverunt, si hæres sim, & putem rem aliquam ex hæreditate esse, quæ non sit, posse me usucapere.* Ponendus itaque casus, quo hæres sine mala fide vel sua vel defuncti rem alienam possidet. Tale exemplum est B. Pagenstecheri in *Admonition. ad Pand. part. 6. §. 160.* si ovis Titii immiscuerit se Mævii defuncti gregi, inscio Mævio. HEIN.

Quod nostra constitutio similiter & in usucapionibus) Hunc versum transposuit VVesembecius secuta auctoritatem Cujacii, qui putavit, eum non suo loco positum esse, & reponendum post §. *sequentem*; propterea quod Justinianus constitutione sua *l. unic. C. de usucap. transf.* nihil novi caverit de continuatione possessionis defuncti & hæredis; sed quod ex rescripto Severi & Antonini tantum obtinebat in præscriptione longi temporis, ut inter emptorem & venditorem tempora conjungerentur, traxisse ad usucapionem, in qua olim successor singularis propter brevitatem temporis accessionem possessionis auctoris sui non utebatur, *per leg. si ædes*, 32. §. 1. *de serv. præd. urb.* (6) In quo vix est, ut Cujacio assentiri possim. Nam in *l. id tempus*, 14. *h. tit.* expresse etiam emptori & legatario prodesse dicitur, tempus, quo venditor & testator possederunt, prodesse scilicet etiam ad usucapionem, de qua ex professo isto titulo agitur: Ulpian. in *l. Pomponius*, 13. §. 1. *& seq. de acq. poss.* latissime disputans de accessione temporis, qua posterior possessor utitur ex persona auctoris sui, in tota illa disputatione nullius differentiæ meminit, quæ hac in parte sit inter usucapionem & longi temporis præscriptionem. Quin etiam disertissimis verbis scriptum a Paulo est, emptori tempus venditoris ad usucapionem procedere, *l. 2. §. pen. pro empt.* Hoc amplius Scævola etiam, emptorem servi uti accessione venditoris, *l. in accessionibus*, 14. §. 2. *de div. temp. præscr.* Atqui constat, res mobiles anno ubique usucaptas fuisse. Nec absurdum est, in ea temporis brevitate pari spatio duorum conjuncta possessionem rem acquiri, quo unius, immo duorum possessione domini conditio melior: quoniam tam in successore volentem uti accessione bonum initium exigitur, quam in auctore ejus, cum unius usucapionem mala fides superveniens non interpellet. Hæc autem omnia Triboniano adscribere magnæ temeritatis est. Neque in *dict. leg. si ædes*, 32. §. 1. *de serv. præd. urb.* agitur de emptore aliove, in quem ex justa causa possessio ab auctore translata est, de quo demum casu locus est conjunctioni temporum; sed de eo, qui interpellata usucapione, propterea quod res simpliciter possideri desita esset, postea eamdem rem possidere cœpit. Quomodo igitur defendimus, quod Justinianus ait de conjunctione temporum a se introducta in usucapionibus, similiter ut in diutina possessione? Hotomannus existimat, totam hanc disputationem ante Justinianum nihil ad usucapionem pertinuisse, sed ad longi temporis præscriptionem duntaxat, ac ne hæredi quidem tempora in usucapionibus continuata, sed id primum effectum esse constitutione Justiniani; idque esse, quod hoc loco Justinianus significet. Verum hanc sententiam falsam esse ostendunt quotquot sunt loci, quos modo citavimus: & de hærede hoc amplius jam ante obtinuit, ut nec scientia continuatio temporum in usucapione impediretur, *leg. hæres*, 43. *hoc tit. l. 2. §. si defunct.*, 19. *pro empt.* idque locum haud dubie etiam habuit in usucapione rerum mobilium: neque simplex scientia hæredis rem magis furtivam facit, si defunctus ipse ante impletam usucapionem rescivisset rem alienam esse. Quapropter omnino existimo, Justinianum, nisi forte quid falso sibi attribuerit, his verbis, *Quod nostra constitutio similiter & in usucapionibus, &c.* nihil aliud significare, quam se in usucapione a se reformata nihil innovasse, quod attinet ad continuationem temporum inter defunctum & hæredem: sed eam observari voluisse etiam in sua usucapione & rerum quoque mobilium, uti ea antea observabatur, & maxime in diutina possessione, in qua frequentior erat propter longioris temporis spatium. Non meminit quidem nominatim defuncti & hæredis, sed tamen generaliter antecessoris & successoris cujusvis; quod satis est ad retinendum hunc versum in suo loco: ita propemodum & Car. Hannib. Fabrot. in not. ad Theoph. Hinc simul apparet, abuti hoc

texu-

textu DD. qui eum adducunt ad probandum, usucapionem tantum esse rerum mobilium.

TEXTUS.

8. *Inter venditorem quoque & emptorem conjungi tempora, divi Severus & Antoninus rescripserunt.*

NOTÆ.

8. *Venditorem & emptorem*) Cæterosque singularis rei successores, *l. 15. §. 10. & seqq. de acq. poss. l. 5. l. 14. de div. præs.*

Conjungi tempora) Modo uterque bona fide acceperit. Vid. sus. Comment.

COMMENTARIUS.

1 *Quando successor singularis accessione possessionis auctoris sui possit.*
2 *Vitium auctoris successoris neque nocere, neque prodesse.*

DE conjunctione temporum inter priorem possessiorem, & universi juris successorem dictum §. *præc.* hic de eadem conjunctione agitur inter venditorem & emptorem, quod tamen jus ad cæteros quoque pertinet, qui alio titulo singulari etiam lucrativo rem acceperunt, puta ex causa donationis, aut legati, *leg. id tempus, 14. princ. & §. 1. h. tit. l. Pomponius, 13. §. sed & 16. & seqq. de acq. poss. l. 5. l. in accessionibus, 24. §. 1. de div. temp. præs.* Scriptum hic simpliciter est, inter venditorem quoque, & emptorem tempora conjungi: an igitur eodem modo, quo inter defunctum & hæredem? Nequaquam: sed ita, si uterque bona fide rem acceperit. (1) Proinde si emptor justum possidiendi initium non habuerit, etiamsi venditor habuerit, non utetur emptor accessione venditoris, contra quem existimat Hotomannus: nam traditum est, vitiosæ possessioni nullam ei justam quidem posse accedere, *d. l. Pomponius, 13. in fin.* Quamquam diversum est in successione universi juris: de quo abunde §. *præc.* Ex contrario quoque vitiosa venditoris possessio non prodest justæ possessioni emptoris: sed qui vult uti adminiculo ex persona auctoris, eo uti debet cum sua causa suisque vitiis, *d. l. Pomponius, 13. §. 1.* id est, eadem conditione eodemque jure quo auctor uteretur. Denique hoc etiam traditum est, nec vitiosam possessionem accedere posse ei, quæ vitiosa non est, *d. l. Pomponius 13. in fin.* Plane non nocebit successori, quod auctor ejus bono initio nixus rescivit rem alienam esse, antequam eam alienaret: quia, si non alienasset, ipse eam usucapere potuisset. (2) Quid si successor accessione auctoris uti nolit, sed sua tantum possessione tempora computare, an hic etiam vitium auctoris ultro nocebit successori? Placuit, quemadmodum vitium auctoris successori non prodest, si accessione uti velit, ita neque nocere, si accessione uti nolit: denique successorem per se usucapere posse, quod auctor usucapere non potuit, *d. l. 5. de div. tempor. præscript. leg. 4. §. de auctoris, 27. de dol. exc. l. 4. Cod. de rei vind.* quod tamen ex parte emendatum & temperatum est distinctione, quæ extat in *authent. malæ fidei, Cod. de præscript. long. tempor.* In hoc autem dissimilis item causa hæredis est, cui vitiosa defuncti possessio nocet, etiamsi adminiculo ex persona defuncti uti nolit: quippe qui tam in vitia quam in virtutes defuncti succedit, & eadem cum defuncto persona esse existimatur, *leg. cum hæres, 11. de divers. temp. præs.* vid. §. *præced.* Loquimur autem de vitio personæ possessoris; nam quod vitium in re est, puta si res furtiva sit aut vi possessa, id generaliter successoribus omnibus nocet, §. *novissime, 5. supr. l. ubi, 24. cod. l. 7. Cod. pro empt.* Illud addo, si medio tempore alius possiderit, interruptam esse possessionis continuationem, atque in ea re similes esse emptores universi juris successoribus, *dict. l. Pomponius, 13. §. quæsitum, 4. de acq. poss. l. possessio, 20. h. tit.*

TEXTUS.

De his qui a fisco, aut Imp. Augustæve domo aliquid acceperunt.

6. *Edicto Divi Marci cavetur, eum, qui a fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium præterierit, posse dominum rei exceptione repellere. Constitutio autem divæ memoriæ Zenonis bene prospexit iis, qui a fisco per venditionem, aut donationem, vel alium titulum accipiunt aliquid: ut ipsi quidem securi statim fiant, & victores existimant, sive experiantur sive conveniantur: adversus autem sacratissimum ærarium usque ad quadriennium liceat iis intendere, qui pro domino vel hypotheca earum rerum, quæ alienatæ sunt, putaverint, sibi quasdam competere actiones. Nostra autem divina constitutio quam nuper promulgavimus, etiam de iis, qui a nostra, vel venerabilis Augustæ domo aliquid acceperit, hæc in fiscalibus alienationibus præfatæ Zenonianæ constitutionis continentur.*

NOTÆ.

9. *Constitutio Zenonis*) *Leg. 2. Cod. de quadr. præscr.* Fisco hoc tributum, qua paratiores reperiat in subhastationibus emptores. VVesemb.

COMMENTARIUS.

1. *Ærarium etiam post occupatam Rempub. diu dictum pecuniam publicam, sive imperii; fiscum pecuniam Principis, privatam, postea utrumque verbum promiscue usurpatum.*
2. *Præscriptionem quadriennii fiscalem, & veteri juri incognitam, & Canonibus improbatam, neque usu apud plerosque receptam esse.*

SI *post venditionem quinquennium*) Mentio fit hujus edicti D. Marci *leg. ult. C. si adv. fisc.* In hac autem præscriptione quinquennii nullam factam fuisse distinctionem inter bona aut mala fide quid a fisco accipientem apparet ex eo, quod alioqui melior conditio fuisset ejus, qui a privato emisset, quam qui a fisco: si quidem is, qui a privato bona fide rem emerat, ad summum biennio jam usucapiebat.

Constitutio Zenonis) Ea est, *l. 2. de quadrien. præscr.* Olim quinquennii præscriptione tum erant qui quid alienum emerant a fisco. Hodie statim tuti sunt ex constitutione Zenonis, sive conveniatur, sive ipsi amissa forte rei possessione ultro agant. Fisco autem alienanti rem alienam, vel alii pignori obligatam datur præscriptio quadriennii, si post quadriennium eo nomine conveniatur a domino, aut creditore pignoratitio, *dict. leg. 2.* Quod ideo sic constitutum esse videtur, ut tanto facilius emptorem fiscus reperiat; tum etiam ne rescindatur venditio

ditio facta publica auctoritate; alioqui sane durum atque iniquum est domino aut creditori, jus vindicandi, aut persequendi rem suam, aut sibi nexam statim auferre; iisque objicere tam potentem adversarium.

Sacratissimum ærarium) Hic diserte fiscus appellatur ærarium Principis, uti & in *leg.2.& 3. Cod. de quadr. præscript.* Neque causam habet Hotomannus, cur eo nomine Tribonianum reprehendat; & falsum est, quod scribit, ærarium esse rerum Principis privatarum, quibus scilicet ipsius patrimonium constet; fiscum vero cæterarum omnium, quæ sacræ largitiones, & sacri thesauri passim appellentur: eamque differentiam in *dd ll.* accurate observatam. Scimus, locum, ubi pecunia publica reponebatur, Romanis ærarium appellatum, eumque locum fuisse in æde Saturni, quo etiam Senatusconsulta deferebantur; testem passim Livius aliique Scriptores. Ipsam quoque pecuniam publicum ærarium dictam κατὰ μετωνυμίαν. Cic.3.*Tusc.c.20.Et quidem C. Gracchus cum largitiones maximas fecisset, & effudisset ærarium, verbis tamen defendebat ærarium.* Idem *ad Attic. l.6. ep.1. Ariobarzanes nullum ærarium, nullum vectigal habebat.* (1) Illud quoque constat, post occupatam Remp. ærarium adhuc diu dictum fuisse pecuniam publicam sive imperii, & a fisco separatum, fiscum enim dixerunt pecuniam Imp. propriam ac privatam, cujusmodi erant bona damnatorum, caduca, vacantia, aliaque ἀδέσποτα quæ Principi deferebantur. Plinius in *Paneg. d. Trajano. At fortasse non eadem servitute fiscum, qua ærarium cohibet? Immo tanto majore, quanto plus tibi licere de tuo quam de publico credis.* Et paulo post: *Quæ præcipua tua gloria est, sæpius vincitur fiscus: cujus mala causa est numquam, nisi sub bono Principe.* Ulp.in *l.2. §.4. ne quid in loco publ. Res*, inquit, *fiscales quasi propriæ & privatæ Principis sunt.* Hinc ratio fisci idem quod ratio principis & ratio privata, *l.pen.C. de vend. l. 2. C. de priv. fisc.* Procedente tempore, distinctio illa ærarii & fisci evanuit, ac utraque voce promiscue usi sunt, unaque tantum sub Græcis Principibus distinctio usurpata, fisci & bonorum Principis patrimonialium: quod hic locus aperte ostendit, & unde desumptus est, *l.ult.C.de quadr. præsc.* Id autem inter res fiscales & patrimoniales intererat, quod etsi utræque Principis erant, illæ essent principis qua talis, & ideo publicæ: eæ propria Zenonis, Justiniani, & ideo privatæ, unde & comites rerum privatarum dicti, quibus harum rerum cura demandata, *tit. C. de off. com. rer. priv.* qui antea procuratores patrimonii appellabantur, *l.cum servus 39.§.ult. de legat.* 1. Plane vocabulo ærarii aliquando latius usi sunt, ut eo etiam significarent res Principis privatas, veluti cum in *l. un.C.de aq.& magist. offic. l. 12.* comitiva utriusque ærarii dicitur, id est, sacri sive fiscalis, & privati. Qui fiscali præerat, in specie comes sacrarum largitionum & thesaurorum appellari videtur, *l. 3.Cod. ubi senat. vel clariss. l. 2. Cod. ut dign. ord.servo lib.* 11.

Nostra autem divina constitutio) Intelligit *l. ult. C.de quadr. pers.* qua constitutione quod Zeno de fisco statuerat, producit ad substantiam Principis privatam, ut scilicet etiam rerum patrimonialium emptor statim securus sit, & dominus quadriennii præscriptione excludatur. Affertque hanc constitutionis suæ rationem, quod cum omnia Principis esse intelligantur, sive res sint fiscales, sive privatæ Cæsaris: nulla, quod attinet ad harum rerum alienationem, differentia introducenda sit. Explodendi autem sunt qui hinc colligunt, omnia omnino & bona etiam subditorum propria esse Principis, Eadem constitutione etiam Serenis. Augustæ idem privilegium conceditur. (2) Hoc jus atque hæc præscriptio fiscalis veteribus incognita fuit, ut liquet ex *l. nec ullam 13. §. item si quis 19. de hær. pet.* Jus Canonicum eam improbat *c.placuit 16.qu.3.* nec apud nos recepta, Zyp. *not.jur. Belg.tit. de præsc.* Christ. *vol. 4. dec. 82. n. ult.* ubi etiam alios allegat, qui tradunt, hunc *§. & tit. Cod. de quadrien. præscr.* in usu non esse. Aliud tamen visum Groenevv. *hic tract. de leg.abrog.arg.dec. 15. cur Holland.*

TITULUS SEPTIMUS.

DE DONATIONIBUS.

Dig. Lib. 39. Tit. 5. 6. C. Lib. 8. Tit. 54. Novell. 162.

1. *Absolutam inter vivos donationem ad acquisitiones juris gentium pertinere.*
2. *Sitne donatio modus acquirendi, an titulus sive causa.*
2. *Series hujus tituli.*

USucapionem, de qua proxime egimus, esse modum acquirendi jure civili extra controversiam est; utrum autem donatio quoque eo pertineat, ambigitur. Et quidem absolutam inter vivos donationem, quæ traditione perficitur, & potissima donationis species est, nemo opinor, tam est excors, qui juri civili adscribendam putet. Quid enim habet illa a jure civili, quod ad formam ejus aut perfectionem pertineat? Quid tam naturale est, quam hominem homini benefacere? Ad liberalitatem natura propensi sumus, testibus Cicer. *in Lal.* & Sen. *in lib. de benef.* Antiquitas nihil aliud existimavit esse Deum, quam prodesse mortalibus. (1) De quo Desiderius noster *in Chiliad.* Ad hæc, nihil magis rationi naturali convenit, quam voluntatem domini rem suam in alium transferentis ratam haberi, Demost. *ad vers. Leptin.* ex causa liberalitatis id fiat, an ex qua alia, nihil refert, auctore ipso Justiniano *§. per traditionem 40. sup. de rer. div.* ubi nominatim etiam donationem refert inter causas acquisitionis juris gentium. An vel apud Sinas aut Japones credimus nullum esse exercitium liberalitatis, nullum donationis usum? At inquis, lex Cincia supra modum donare prohibuit: & nunc donatio excedens summam 500. solidorum insinuanda est. Quid tum postea? Lex Fusia Caninia vetuit ultra præscriptum numerum manumittere, an ideo manumissio ex jure civili est? Quarumdam rerum vetita est distractio, an idcirco emptio, venditio, contractus juris gentium non est, sed juris civilis? Plane cum necessitas insinuandi donationem, quæ excedit supradictam summam, a jure civili sit, concedo, tantæ quantitatis donationem, utpote quæ jam sola voluntate & traditione donationis non perficitur, posse referri inter modos acquirendi jure civili, *argum. leg. 6. de justit. & jur.* ut tamen non meri juris civilis habeatur, sed mixti, & maximam adhuc partem naturalis: aliæ tamen omnes, quæ quantitatem legitimam non excedunt, juris mere naturalis, sive gentium manent. Quo modo ergo defendimus methodum Justiniani? Nimirum si dicamus, Justiniano principaliter propositum esse tractare de donationibus impropriis, mortis causa, & propter nuptias: quæ ad jus civile non inepte referuntur,

ut postea palam fiet. Hoc autem ipsa series tractationis ostendit, cujus initium a mortis causa donatione capitur: cum alioqui converso modo de donatione vera & absoluta primo loco agendum fuisset, uti factum est *in Pand. & Cod.* (2) Occurrit hic & aliud dubium, sitne scilicet donatio modus acquirendi dominii, an solummodo titulus, sive causa, ut emptio, permutatio. Nam ratio ordinis exigit, ut dicamus, esse acquirendi modum: contra vero causam tantum acquirendi esse, probat *dict. §. per traditionem* 40. *de rer. divis.* Verum hoc non adeo difficile expeditu est. Etenim donationis verbum duobus modis accipitur. Uno modo proprie pro ipsa donatione, quando scilicet liberalitatis exercendæ gratia aliquid alicui tradimus, & actum in accipientem transferimus, ut simul & causam tradendi & traditionem ipsam includat. Nam proprie donare nemo intelligitur, nisi qui & tradat: unde donare & dare promiscue Jurisconsultus usurpat, *l. 1. hoc tit.* & donatio dicta quasi doni datio; *l. senatus* 35. §. 1. *de mort. caus. donat.* unde & Papinianus *l. 23. de donat. int. vir. & uxor.* donationem distinguit a stipulatione donationis causa facta. Altero modo metonymice pro conventione de dando, cum quis donationis causa aliquid promittit, *l. 2. l. 12. l. cum quis* 22. *eod.* Priore sensu accepta donatio modus est acquirendi dominii: posteriore dominium, sed obligationem parit, rationemque contractus & tituli habet, *d. l.* 22. Plerique magno molimine magnas hic nugas agunt. VINN. Ast nescio, an ipse Auctor rem confecerit. Ego ita sentio. Tribonianus hic sequutus est proculdubio ordinem Caji. Ejus autem tempore donatio omnino erat modus acquirendi dominium civilis. Nam tunc ex lege Cincia de donis & muneribus non valebat donatio, nisi interveniret mancipatio solemnis & traditio. Fr. Brummer. *ad l.* Cinc. *c.* 13. *Conf. Nov.* 162. *c.* 1. Postea Antoninus Pius nudam voluntatem sufficere voluit in donationibus inter parentes & liberos, *l. 3. C. Theod. de don.* Idem de donationibus inter conjuges sanxit Antonius Caracalla *l.* 32. §. 1. *ff. de don. int. vir. & ux.* Constantinus Magnus postea litterarum fide donationes fieri posse concessit, modo postea sequeretur corporalis traditio, *l. 1. C. Theod. de don.* Remisere has scripturas Theod. & Valentinianus AA. sed ita, ut *alia idonea documenta* adhiberentur, *l. 20. C. de don.* Denique Justinianeus & nudam promissionem valere jussit, *l. 35. & 37. C. de don.* Ex brevi hac juris hujus historia patet, recte Cajum, aut quemcunque sequutus est Tribonianus, donationem retulisse inter modos acquirendi, eosque civiles, ob necessariam in donatione mancipationem, & traditionem. At minus recte Tribonianus putavit hunc ordinem servari posse, quia saltim quædam donationis species, puta donatio mortis causa hic referri possit. Conf. Avern. *Interpr. Lib.* 1. *c.* 29. HEIN. Initio hujus tituli proponitur donationis divisio: deinde explicantur species, non omnes quidem, sed tres tantummodo, hoc ordine. Primum agitur de donatione mortis causa; deinde de donatione simplici inter vivos: tum de donatione propter nuptias. Ad extremum subjicitur modus antiquus acquisitionis civilis ex causa lucrativa per jus accrescendi.

T E X T U S.

De donatione.

Est & aliud genus acquisitionis, donatio. Donationum autem duo sunt genera: mortis causa, & non mortis causa.

N O T Æ.

Rubr. Donationibus) Donatio est, cum quid nullo jure cogente conceditur, *l. 29. hoc tit.*

Acquisitionis) Civilis scilicet ut ordo arguit. At eo tantum referendæ donationes impropriæ, mortis causa & propter nuptias, de quibus hic principaliter tractatur: non illa absoluta inter vivos. Nam res suas quibusque donare apud omnes gentes jus potestasque est, §. 44. *sup. de rer. div.* Demosth. *adv. Leptin.*

Donatio) Donatio proprie est doni datio, *l. 1. ff. hoc tit. l. 35. §. 1. ff. de mort. caus. don.* Estque modus acquirendi, quoniam & causam tradendi includit, & ipsam traditionem. Cum autem accipitur pro conventione de dando, tituli seu causæ tantum rationem habet, §. 40. *sup. de rer. div.*

Duo genera) Utriusque autem generis plures sunt species, *l. 8. ff. hoc tit. l. 2. ff. de mort. caus. donat.*

COMMENTARIUS.

Rectior fortassis erit divisio, si dicamus, donationem aliam esse propriam, aliam impropriam, *l. 1. hoc tit.* est enim donatio ex eorum generum numero, quæ πρὸς τι dicuntur, nec pariter subjectis speciebus omnibus conveniunt. Donatio propria, quæ & vera atque absoluta, *l. senatus* 35. §. 2. *de mort. caus. donat.* est, cum quis solius liberalitatis gratia sic aliquid dat, ut statim velit accipientis fieri, neque ullo casu ad se reverti, *dict. l. 1. & d. l. senatus* 35. §. 2. Impropriæ donationis variæ sunt species. Talis est donatio propter nuptias, de qua §. 3. *infr. eod.* Tales sunt donationes omnes, quæ sub modo, causa, conditione fiunt, *tit. C. de don. quæ sub modo* & in speciem incidunt in contractum innominatum, do ut des, do ut facias: item remuneratio. In quibus omnibus pro modo & quantitate retributionis propius aut longius a vera donatione receditur. Sic item quod honorarii nomine datur pro officio & opera præstita, & in factis, quæ locari solent, merces diceretur, in speciem meræ donationis non cadit. Quia donari non videtur, nisi quod nullo cogente conceditur, *l. donari* 29. *h. t.* τὸ χωρὶς ἀνάγκης διδόμενον. Hermen. *lib. 3. tit. 1.* Et hoc est, quod DD. tradunt, donationem remuneratoriam proprie donationem non esse per *l. hoc jure* 19. §. 1. *l. Aquilius.* 27. *eod.* Talis denique donatio mortis causa, propterea quod ex casu resolvitur, atque adeo ex pœnitudine revocari potest.

T E X T U S.

De mortis causa donationis.

1. *Mortis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem, quo quis ita donat, ut si quid humanitus ei contigisset, habere is, qui accipit; sin autem supervixisset, is, qui donavit, reciperet: vel si tum donationis pœnituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit: Hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam obtinere oporteret; & utriusque causæ quædam habebat insignia, & alii ad aliud genus eam retrahebant, a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur, & sic procedat, quemadmodum nostra constitutio eam formavit. Et in summa mortis causa donatio est, quum magis*

se quis velit habere quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam hæredem suum. Sic & apud Homerum Thelemachus donat Piræo:

Πειραῖ, οὐ γάρ τ' ἴδμεν ὅπως ἔσται τάδε ἔργα
Εἴ κεν ἐμὲ μνηστῆρες ἀγήνορες ἐν μεγάροισι
Λάθρῃ κτείναντες, πατρώϊα πάντα δάσωνται,
Αὐτὸν ἔχοντά σε βούλομ' ἐπαυρέμεν, ἤ τινα τῶνδε.
Εἰ δέ κ' ἐγὼ τούτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύσω,
Δὴ τότε μοι χαίροντι φέρειν πρὸς δώματα χαίρων.

Hos versus sic vertere licebit.

Cum Piræe, homines lateant secreta futuri,
Si me forte proci sceleratis ad Stygia mittant
Insidiis, patriasque velint ercíscere prædas;
Hæc ego præ reliquis multo tibi cedere malim.
Sin ego eos justis prosternam cladibus ultor,
Hæc mihi tu gaudens media inter gaudia reddat.

NOTÆ.

1. *Mortis suspicionem*) Vel solam etiam cogitationem mortalitatis ex sorte humana, *l. 2. & aliquot seq. leg. 35. §. 4. ff. de mort. caus. don.*

Cum quis ita donat) Hoc expresso scilicet etiamsi in extremis vitæ quis constitutus sit: alioquí non tam mortis causa, quam moriens dedisse videtur, *l. 42. in fin. eod.*

Si quid humanitus) Quo verbo mors significatur, *l. 26. pr. depos.*

Eam formavit) Ut quinque adhibeantur testes: qui numerus legitimus in omni ultima voluntate, excepto testamento, *l. ult. §. ult. Cod. de codicill.*

Quam Hæredem suum) *l. 1. d. l. 35. §. 1. ff. hoc tit.*

Apud Homerum) *Odiss. 17. v. 77.* Hic locus arguit, etiam mortis causa donationem ratione facti juris gentium esse.

COMMENTARIUS.

1. *Ex verbis donatoris æstimandum an donatio facta sit ob suspicionem mortis: & citra talem suspicionem mortis quoque causa recte donari.*
2. *Quibus in rebus similitudo hujus donationis & convenientia cum legatis cernatur?*
3. *Quibus in rebus dissimilitudo & discrepantia?*

QUÆ *propter mortis sit suspicionem*) Cum quid metu mortis vel ex præsenti vel ex futuro periculo donatur; puta si donator gravi morbo laboret, si periculosam peregrinationem vel navigationem suscepturus sit, sit iturus in militiam, si grassetur pestilentia, &c. *l. 2. & aliquot seq. l. senatus 35. §. mortis 4. h. t. de mort. caus. donat.* Cæterum an propter mortis suspicionem donatio facta sit, ex verbis donatoris æstimandum est. (1) Nec enim sufficit ad hanc donationem, a moriente aut in periculo mortis posito quid donatum esse, nisi verbis declaraverit, se ob metum propinquæ mortis donasse; alioqui non tam mortis causa, quam moriens donasse censetur, *l. si mortis 29. l. Seja 42. in fin. eod.* Dom. Tuld. *comment. hic cap. 4.* Hodie tamen in dubio mortis causa factam præsumi, & in Gallia sic judicatum referunt Autum. *conf. jur. ad d. l. 42.* & Bugn. *lib. 5. de l. abrog. cent. 16. fac. l. fulcimus 43. eod.* etiam extra suspicionem ullius periculi & a sano atque in bona valetudine constituto mortis causa recte donatur, sola cogitatione mortalitatis ex sorte humana, *dist. leg. 2. & d. leg. 35. §. 4. eodem*. Sed itidem verbis hoc declarandum, ne alias pura & simplex habeatur donatio. Quod si considerasset Hotomannus, abstinuisset, credo, a reprehensione Jurisconsultorum, Juliani, Ulpiani, Pauli; neque tam temere pronunciasset, nullam esse mortis causa donationem, cujus non mortis periculum causa sit. Si Titio centum donavero præstanda post mortem, donatio inter vivos est; nam tempus adjectum differendæ solutionis causa ad substantiam donationis non pertinet. Unde legi Falcidiæ in ea donatione locus non erit, uti memini me ex facto consultum respondisse. Add. Fachin. *5. controv. 22.* Non solum autem suæ mortis causa donare quis potest, sed etiam alterius, puta filii, fratris, sororis, *l. 11. l. mortis 18. h. t. de mort. caus. don l. 3. Cod. eod.*

Quod quis ita donat) Dupliciter autem quis sic donat, vel ut statim rem faciat accipientis, vel ut tunc demum, cum mors fuerit insecuta, *d. l. 3. eodem.* (2) Posteriore casu ad revocandam donationem competit donatori directa in rem actio, sive pœnitentia ductus donationem infringere velit, sive periculum, quod metuebat, evaserit, *l. si mortis 29. eod.* Priore condictionem habet, *l. senatus 35. §. 3. eod.* habet & utilem in rem adversus quosvis possessores *leg. qui mortis 30. eod.* sublatoque periculo aut præmortuo eo, cui donatum est, fortassis etiam in rem directam, quasi donatio ipso jure resoluta, *d. l. 29.* add. Gomez. *2. resol. 4.*

Si quid humanitus) Ἀνθρώπινόν τι. Si quid humanum *l. 26. pr. depos.* Veteres in omni causa sic loquebantur: *Si quid mihi acciderit*, ἐάν τι συμβῇ ἐάν τι πάσχω, pro, *Si moriar*, *l. 162. §. 1. de verb. significat.* Abstinebant a mortis vocabulo tamquam ominoso.

Sin autem supervixisset, &c.) Tribus casibus mortis causa donatio fit irrita; si donator salvus evaserit; quod hic dicitur *supervixerit*; si donationis eum pœnituerit; si donatario supervixerit, *l. mortis 16. d. l. 25. & seq. eod. l. non omnis 19. de reb. cred.* Si salvus evaserit, sic accipe, licet donatarius adhuc vivat. Si supervixerit donatario sic; etsi periculum adhuc duret, cujus contemplatione donatio facta. Plane si quis sanus & valens extra suspicionem alicujus periculi sola cogitatione mortalitatis commotus donaverit; non puto irritam fieri donationem, si forte donator morbum aliudve periculum, in quod postea incidit, evaserit: nam nihilominus causa donandi manet, Soar. *in recept. lit. ff. n. 29.* Domin. Tuld. *comment. hic cap. 5.*

Ad exemplum legatorum redacta sunt per omnia) Fere scilicet: quam particulam mox etiam ipse exprimit, cum constitutionis meminit, qua hæc exæquatio facta est. Intelligit autem *l. ult. Cod. hoc tit. de mort. caus. don.* qua quidem hanc donationem ad similitudinem legatorum revocat: cæterum non simpliciter & per omnia, sed κατάτι & maxime ratione effectorum. In aliis vero magna adhuc dissimilitudo est: de quo habebimus, quod certo statuamus, si res hæc inductione utriusque generis exemplorum declaretur. Similitudo hujus donationis & convenientia cum legatis in his cernitur. 1. Quod quemadmodum in omni voluntate, quæ testamentum non fit, quinque testes desiderantur, *l. ult. §. ult. Cod. de codicill.* ita & in mortis causa donatione, idque ad solemnitatem actus, *leg. ult. Cod. h. t.* 2. Quod, sicut legata a vivo testatore revocari possunt, nec quicquam suprema voluntate relictum valet, nisi post mortem relinquentis, ita & hanc donationem pro arbitrio

revocare liceat, nec prius rata aut perfecta habeatur, quam mors donatoris insecuta sit, *l. si mortis* 29. & *l. seq. leg. non videtur* 31. *h. t.* 3. Quod sicut dominium rei legatæ statim a morte testatoris transit in legatarium, ita res mortis causa donatæ, nec ante traditæ, statim a morte donatoris in donatarium, *l. 2. de Pub. in rem act.* Hæc sufficiunt, ut donatio mortis causa numeretur inter acquisitiones civiles. Illud autem falsum est, quod Glossa, Bart. Castr. in *leg. qui mortis* 30. *h. t.* tradunt, & sequitur Gomez. 2. *resolut. num.* 20. Dominium rei mortis causa donatæ statim ut donatio facta est, transire, etiamsi traditio nulla secuta sit. Nam sive cum contractibus hanc donationem conferre placet, explorati juris est, ex contractu nullo citra traditionem dominium transferri; sive cum legatis, constat, dominium rei legatæ demum post mortem testatoris in legatarium transire. 4. Quod sicut legatario substitui potest, ita & nostro donatario, *l.* 1. *C. eod.* 5. Quod hæc donatio perinde ut legata lege Falcidia imminuatur, *l. Seja* 42. §. 1. *h. t*, *l.* 1. *C. eod.* 6. Quod in ea locum habet jus accrescendi inter conjunctos in eamdem rem, *l. un. l. hæc autem* 14. *Cod. de cad. toll.* Gomez. 1. *resolut.* 10. *n.* 7. (3) Quod quemadmodum conjux conjugi legare, ita & mortis causa donare potest, *l.* 9. §. *ult.* & *legg. seqq. de don. int. vir. & uxor.* 8. Postremo quod in hoc genere donationis non opus est insinuatione, *leg. ult. Codic. hoc tit.* Dissimulatio & discrepantia elucet in his. Quod mortis causa donatio sic fieri potest ut nullo casu revocetur, *leg. si alienam* 13. *de mort. caus. don.* quod secus est in legatis; *leg. si quis* 22. *de legat.* 3. *l.* 4. *de adim. legat.* Quamquam fatendum est, talem mortis causa donationem naturam mutare, & effectu esse donationem inter vivos, *l. ubi ita* 27. *eodem*. Idque eleganter ostendit Dom. Joann. Decker. *differt.* 1. *num.* 40. & *seq.* 2. Quod donatio hæc ab aditione hæreditatis sicut legatum non pendet, sed sola morte confirmatur donantis, *l. non videtur* 32. *eod.* fac. *l.* 5. §. *qui mortis* 17. *de his quæ ut indig.* Clar. *lib.* 4. §. *donatio*, *quæst.* 5. *num.* 2. 3. Quod donatio in singulos annos una est, legatum tale multiplex: itaque illa ad heredes pertinet: at primi anni legatum dumtaxat purum est, reliquorum conditionale, quod ad hæredem legatarii ante diem non transit, *l. senatus* 35. *ultim. hoc tit.* *l.* 4. *de ann. legat.* 4. Quod in mortis causa donationibus, an quis capere possit, non donationis, sed mortis tempus inspicitur, *leg. in mortis* 12. *hoc tit.* cum in legatis etiam tempus facti testamenti spectetur, § *in extraneis* 4. *infr. de hæred. qualit.* 5. Quod donatio fit inter duos, legatum autem propter voluntatem unius testatoris nihil desiderat: unde legatum etiam in absentem & ignorantem conferri potest, donatio autem a præsente in præsentem conferenda, *leg. inter mortis* 38. *hoc tit.* aut utique in absentem per nuntium aut litteras, ut sciat, & donationem accipiat, *l.* 10. Mantic. *de conject. ult. vol. l.* 8. *tit.* 1. *num.* 36. Quod si quis absenti & ignoranti se donare quid simpliciter dixerit: defenditur donatio jure fideicommissi ex communi interpretum sententia. His de causis donatio hæc naturam contractus habere dicitur, *d. l. senatus* 35. §. 3. unde etiam illud est, quod filiusfamil. consensu patris mortis causa donare potest, quamvis testamentum facere non possit, nec permittente patre, *l. tam is* 25. §. 1. *eodem*. Vulgo DD. sic distinguunt, donationem hanc habere naturam contractus, cum in esse producitur: effectu autem, & cum in esse producta est, ratione ultimæ voluntatis. Ceterum hoc per omnia verum non esse, tum numerus testium & remissio insinuationis liquido ostendit, tum quod hæc donatio non pendet ab aditione hæreditatis.

Cum prudentibus ambiguum fuerat) Familiare Justiniano est, cum quid quasi novum constituit, veterum Jurisconsultorum allegare ambiguitatem, in quo tamen sæpe fallitur & fortassis etiam hoc ipso loco. Sane in responsis veterum nullum hujus ambiguitatis vestigium apparet. Tradunt illi, quod hic a se factum ait Justinianus, donationes mortis causa ad exemplum legatorum esse revocatas, *l. Marcellus* 15. *l. illud* 27. *eod. leg.* 2. *de Pub. in rem act.* Mansit tamen adhuc nonnullorum inter hæc discrimen, de quo inter omnes convenit, ut ex aliis locis patet: neque hoc discrimen a Justiniano sublatum est.

Magis se quis velit habere, &c.) Ex Marciano, *l.* 1. *eodem*. Estque hæc ratio, cur donationem mortis causa revocare liceat. In donatione inter vivos, qui donat, donatarium solum cogitat, atque illum quam se habere mavult: in donatione autem mortis causa, qui donat, se ipsum & principaliter cogitat, atque amore vitæ recepisse potius, quam dedisse mavult. In summa, se potius habere vult quam eum, qui donat: illum deinde potius quam hæredem suum, *d. l. senatus* 35. §. 2. *eodem*.

Sic apud Homerum) *Odyss.* 17. *vers.* 77. ubi Telemachum ex peregrinatione reversum, quam patris Ulyssis conquirendi causa susceperat, Piræum, qui comes illi in peregrinatione fuerat, monet, ut vasa illa aurea & argentea, quibus Telemachus a Menelao donatus erat, quæque secum Piræus asportarat, quæsitum mittat, ancillis Telemachi se traditurum. Cui Telemachus in hanc sententiam respondet: Piræe, quoniam incertum est, qualis harum rerum exitus sit futurus, si me feroces proci domi ex insidiis necent, paternasque opes diripiant, malo te vasa hæc tibi habere quam illorum quempiam. Sin autem ego illis integrum afferam: tum vero tu lætus & gratulans mihi læto & gratulanti donum illa referes. Est & mortis causa donatio in *Alcestide* Euripidis, ubi sic Hercules. *ἀναῦδα, τὴν δέ μοι σῶσαι λαβών*, &c. Adde de hac donatione Covarruv. *rubr. de testam. part.* 3.

TEXTUS.

De simplici inter vivos donatione.

2. *Aliæ autem donationes sunt, quæ sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus, quæ non omnino comparantur legatis: quæ si fuerint perfectæ, temere revocari non possunt. Perficiuntur autem, cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestavit. Et ad exemplum venditionis nostra constitutio, eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut etiamsi non tradantur, habeant plenissimum & perfectum robur, & traditionis necessitas incumbat donatori. Et cum retro Principum dispositiones insinuare eas actis intervenientibus volebant, si majores fuerant ducentorum solidorum; constitutio nostra eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit. Sed quasdam donationes invenit, quæ penitus insinuationem fieri minime desiderat, sed in se plenissimam habent firmitatem. Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum invenimus, quæ omnia*

ex nostris constitutionibus, quas super his exposuimus colligenda sunt. Sciendum est tamen, quod etsi plenissimæ sint donationes, si tamen ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est; donatoribus per nostram constitutionem licentiam præstitimus certis ex causis eas revocare: ne illis, qui suas res in alios contulerint, ab his quamdam patiantur injuriam, vel jacturam secundum enumeratos in constitutione nostra modos.

NOTÆ.

2. *Perficiuntur autem*) De primo gradu perfectionis, intellige, unde obligatio, & actio, non rei dominium, quod demum acquiritur præstatione promissi.

Nostra constitutio) *leg. 35. §. ult. Cod. eodem*, ubi pacto donationis causa facto verbis in præsens conceptis, veluti *dono tibi centos aureos*, eamdem vim tribuit, quam habet stipulatio, ut ex eo obligatio, & actio nascatur, contra regulam juris antiqui, *l. 7. §. 4. ff. de pact.* unde tale pactum hodie legitimum pariet condictionem ex lege *per leg. 6. dict. tit.*

Ad 500. solidos) Ad 300. primum *leg. 54. Codice eod.* novissime ad 500. *l. pen. §. ult. Cod. eodem*. Sed definitum modum excedens insinuata non est, non in totum irrita, sed quatenus excedit, *dict. leg. 34. Nov. 162. c. 1. §. ult.* τὸ ὑπέρβαλλον μὴ ἰσχύειν. Bas. 47. tit. 1.

Nostris constitutionibus) *L. 33. d. l. 34. princ. §. 1. penult. & ult. Cod. eod.*

Et certis causis) Insignis ingratitudinis, cujus generis causæ enumerantur quinque, *leg. ult. Codice dict. tit.* Plerique addunt & aliam, supervenientiam scilicet liberorum, *ex leg. 8. Cod. eodem*, quæ tamen constitutio tantum de donatore patrono & libero donatario loquitur, nec a Græcis extenditur. Basil. 47. *tit.* 2. Harm. 3. *tit.* 2. Vide Susium in Commentar.

COMMENTARIUS.

1. *Plenius & planius exponitur, quomodo donatio inter vivos perficiatur.*
2. *Non ex quolibet pacto donationis causa facto obligationem ex const. Just. nasci.*
3. *Errare eos, qui putant, simplex pactum donationis vi constitutionis Just. parere actionem in rem.*
4. *Donationes, quæ insinuationem non desiderant, recensitæ.*
5. *Ad uberiorem exitum donationum a Justiniano quæ inventæ?*
6. *Neque hæredem donatoris revocare donationem, neque ab hæredibus donatarii revocari ob ingratitudinem ejus posse.*
7. *In* leg. si unquam 8. C. de rev. don. *constitui jus singulare, quod non producendum ad consequentias.*

AGitur hic de donatione propria. *Quæ* alias vera absoluta & mera, *l. senatus 35. §. 2. de mort. caus. donat. l. Aquilius 27. hoc tit.* alias simplex, *l. si filiæ: 20. §. si pater, 3. fam. erc. l. cum multæ 20. C. de don. ant. nupt. leg. pen. §. 1. Cod. de collat.* alias directa, *l. donatio 25. hoc tit de don.* alias inter vivos, ut hic & *leg. ubi ita 27. de mort. caus. don.* appellatur. Descripsimus hanc donationem initio hujus tituli.

Quæ non omnino computantur legatis) Hotom. Vesemb. Giphan. *omnino non*, ita enim esse in veteribus libris; ut sit sensus, Donationes inter vives nullo modo comparantur legatis. Quomodo etiam legisse apparet paraphrastem Grecum; vertit enim μηδαμῶς. Et sunt sanæ hæ donationes plene dissimiles legatis, neque natura, neque proprietatibus, neque forma, neque effectu ullam cum legatis societatem habentes. Pro tuenda vulgata lectione hoc affert Pacius, quod legatum & donatio hæc in eo conveniunt, quod in utroque sit causa lucrativa, & modus acquirendi peculiaris. Quod mihi futile & valde puerile esse videtur; cum nullæ res tam sint dissimiles, quæ non in uno aliquo aut altero comparari queant.

Temere revocari non possunt) Mortis causa donatio temere, hoc est, pro arbitrio, facile, & sine causa revocari potest: quippe quæ hanc in se semper conditionem habet, ut revocari liceat. Vera autem donatio natura sua irrevocabilis est, ἡ βεβαία δόσις ἀναφαίρετος ait Arist. 4. *Top.* 4. nam quod hanc etiam aliquando revocari licet: id ex accidenti est ex facto donatarii pro beneficio insignem injuriam rependentis, non ex intentione donantis, utpote qui sic donat, ut nullo casu velit ad se reverti, *l. 1. h. t. l. ubi ita 27. de mort. c. don.* Utique tamen si præscivisset donator ingratum fore donatarium, abstinuisset dubio procul a beneficio: hinc ortum jus revocandi, de quo sub finem hujus §.

(1) *Perficiuntur autem, cum donator voluntatem suam*) Poterat hæc res plenius & planius proponi, & poterat æque paucis verbis. At, donationem inter vivos perfici, quum donator voluntatem suam declaravit: addendum fuerat, & donatarius eam voluntatem gratam ac ratam habuit. Neque enim donatio est sine acceptione, *l. absenti 10. h. t. l. hoc jure 19. §. 2. eod.* quippe datio acceptione confirmatur: nec potest videri datum, quod non est acceptum. Et recte in illum locum Comici, *dos est decem talenta*: *Accipio*: Vetus interpres, *nisi*, inquit, *dixisset, accipio, dos non esset*. Perficitur donatio ex constitutione Justiniani solo consensu, ut emptio & venditio: non est igitur perfecta habenda, antequam eam habuerit donatarius, excepto casu comprehenso, *l. 15. C. di sacros. Eccl.* favore Ecclesiæ. Denique in omni conventione consensum mutuum intervenire oportet. VINN. Sed ex his locis vix probari potest acceptationis necessitas. Nam *l. 10. & l. 19. §. 2. ff. de don.* loquuntur de acceptatione reali. Locus Terentii ex *Andr. Act. 5. scen. 4. v. 47.* non pertinet ad pactum donationis, sed ad contractum verbalem, qui veteribus dicebatur dotis *dictio*. Vid. *Ant. Rom.* nostr. *l. 11. tit. 7. §. 4.* Immo nulla lege acceptationem hanc exigi pererudita dissertatione *de differentiis juris Rom. & Germanici in donatione & acceptatione* docuit Vir perillustris Jo: Petrus a Ludevvig, Acad. Fridericianæ Cancellarius, & olim Collega mihi conjunctissimus. Neque tamen res ipsa ideo neganda, quum ex natura pactorum fluat, quod utrumque consentire oporteat in unum placitum, quod fieri aliter non potest, quam id quod donatur vel verbis, vel factis accipiendo, maxime quum non semper dona grata sint, & sæpe locum habeat illud Severi: Οὔ πάντα ἔτι πάντοτε, οὔτε παρὰ πάντων. L. 6. §. 3. *ff. off. proconf.* HEIN. Sed & perfectio, de qua hic agitur, primus tantum gradus perfectionis est, unde donatario acquiritur obligatio & actio, non rei donatæ dominium. Etenim vere & plene donum perficitur & consummatur donatio, doni & promissi præstatione. Eodem modo emptio perfici dicitur, simul atque de pretio inter emptorem & venditorem convenerit: *§. 3. inf. de empt. & vend.* At constat, eam non ante pro consummata haberi, quam res tradita & pretium solutum sit. Videtur autem Justinianus hoc loco id tantum indicare voluisse, quod ipse constituit, ex nudo pacto, donationis obligationem introducens,

leg. si quis argentum 35. Cod. hoc tit. contra regulam generalem juris antiqui, *l. juris gentium 7. §. sed cum nulla 4. de pact.* Sic est, perficitur donatio aut traditione & præstatione rei donatæ, quæ vera perfectio est. Immo non prius proprie dicitur esse donatio, quam res, quæ donatur, detur ac tradatur. Nam, ut ostendimus *ad rubr.* donatio proprie ipsam translationem rei significat, & potest etiam incipere statim a traditione, & perfici circa conventionem præcedentem. Aut conventione, qua hactenus perfici dicitur, quatenus ea donatorem adstringit necessitate traditionis, donatarioque in eam rem comparata est in personam actio. Conventio hujus generis una tantum olim fuit stipulatio. Justinianus autem eamdem vim tribuit etiam pactioni nudæ, *dict. leg. si quis 35. §. sed si quidem 5. C. hoc tit.* (2) unde pacto donationis hodie pactum est legitimum, *argum. l. 6. de pact.* & ibi Cujacius. Neque tamen ex quovis pactum donationis causa interposito obligationem nasci voluit Justinianus; sed ex eo tantum, quo quis in præsentia se donare dicit, verbis in præsens, non in futurum conceptis, veluti si quis dicat, *dono tibi centum aureos.* Hæc enim verba occurrunt in *dict. leg. 35. si donaverit, si donationem faciat secerit ve, ut tradat, quod donaverit.* Quod si quis donaturum se pacto promittat; manebit etiamnum jus antiquum, nec ex tali nudo pacto obligabitur, *per leg. præcipimus 32. in fin. Cod. de appellat. l. sancimus 27. Cod. de testam.* add. Parlad. *7. rer. quotid. 3. num. 9.* Dom. Tulden. *hic cap. 1.* Perspicue autem errant Contius *lib. 1. disp. 12.* & Gudel. *lib. 2. de jur. noviss. cap. 3.* (3) dum existimant, quod Justinianus constituit, donationem etiam nudo consensu perfici, hoc non tantum eo pertinere, ut donator, qui nondum tradiderit, necesse habeat tradere; sed ut eo nomine etiam donatario competat actio in rem, quasi simplici pacto dominium ei quæsitum sit. Non enim majorem vim Justinianus tribuit, neque tribuere debuit pacto, quam stipulationi. At si stipulatio intervenerit, veterem actionem ex stipulatu relinquit: quæ utique cum in personam sit, arguit dominium non esse translatum. Si omissa sit stipulatio, conditionem dat ex lege, *d. loco*, & apertius *Nov. 162. c. 1.* Atqui nulla quoque conditio, quæ non sit actio in personam, *§. appellamus 15. inf. de act.* Denique ipse supra *§. per traditionem 40. de rer. div.* nominatim in proposita specie confirmat regulam traditam *leg. traditionibus 20. Cod. de pact. Traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferri.*

Ad exemplum venditionis) Quemadmodum emptio venditio perficitur simul atque de re & pretio convenit, atque ex ea conventione statim emptori acquiritur actio ex empto, qua venditorem compellere potest ad rem tradendam, *infr. de empt. & vendit in princip. & §. 3.* ita ex constitutione Justiniani, simul ac donator sive scriptura, sive verbis quibusvis idoneis se quid donare declaraverit, etiamsi nulla intervenerit stipulatio, acceptante donatario, donatio perfecta & efficax habetur, daturque donatario condictio ex lege, qua conventus donator rem tradere cogatur. Porro an sicut emptio venditio, ita etiam pactum donationis sit contractus: item an ut donator, ita quoque & venditor rem præcise tradere teneatur; an liberetur præstatione ejus, quod interest, inquirere non est hujus loci. Illud constat, non easdem esse præstationes donatoris & venditoris: donatorem ad dandum, venditorem simpliciter ad tradendum teneri; donatorem in quantum facere potest, venditorem in solidum condemnari: hunc teneri nomine evictionis, illum non item *l. 18. §. ult. hoc tit.* Neque tamen ideo male donatio & venditio inter se, ut similia, comparantur. Nam in omni similitudine inspiciendus est principalis scopus atque intentio ejus, qui ea utitur: cui scopo si serviat, cætera similia sint, an dissimilia, parum refert.

Insinuari actis intervenientibus volebant, &c.) Lex civilis neminem donare aut liberalem esse vetat: cæterum prospexit, ne cujuslibet summæ aut quantitatis donatio statim rata esset. Et recte: expedit enim Reip. ne quis temere patrimonium suum effusis largitionibus exhauriat; hoc enim est re sua male uti, eamque perdere. Modum donationis primum imposuit lex Cincia, qua cautum Ulp. *tit. 1.* scribit, ne supra certam quantitatem, quam tamen non exprimit, donare liceret, extra quam si conjunctis personis donaretur. Quod jus usque ad Constantini tempora duravisse videtur, per *l. 3. C. Theod. hoc t.* Unde existimare licet, quantitatem lege Cincia definitam fuisse ducentorum aureorum: & donationem, quæ eam quantitatem excederet, actis fuisse insinuandam, hoc est, consignandam litteris publicis, quod Constantinus etiam custodiri voluit inter necessarias conjunctasque personas, *l. 5. C. Theodor. l. data 27. hoc tit.* Justinianus autem quantitatem auxit, primum ad trecentos, *l. sancimus 34. Codice eodem*, deinde ad quingentos solidos *l. penult. §. ult. Codice eodem*, atque ad hanc usque quantitatem liberam donandi facultatem unicuique permisit, etiam sine donationis insinuatione. Si vero hanc summam donatio superaret, non aliter ratam eam esse voluit, quam si in acta publica relata esset. Neque tamen in totum irritam esse jussit donationem, quæ summam definitam excedens actis inserta non esset, sed tantummodo quatenus terminos legis excederet, *dict. leg. sancimus 34. hoc tit. Novella 162. cap. 1. §. ultim.* Atque ita in plerisque locis etiamnum utimur. Gomez 2. *resolut. c. 4.* Parez. *Cod. hoc titul. num. 31.* Sande, *lib. 5. t. t. defin. 3.* VINN. Multa hic cumulat auctor, nec certa satis, nec accurata. Incertum modum a lege Cincia donationibus præfinitum fuisse ducentorum aureorum: siquidem multo majores donationes a Plinio factas novimus ex ejus *Lib. 6. Epist. 25. & 32. Lib. 7. Epistola 14. & alibi.* Incertum ergo non minus, Constantinum vel potius Constantium Chlorum in *l. 1. Cod. Theodos. hoc tit.* Legem Cinciam sustulisse, quum eam potius magis reddiderit rigidam, impositam insinuationis necessitate. Plura in eam rem præter Jac. Gothofredum, & Fr. Brumerum notavit V. C. Schulting. ad Ulpianum *tit. 1. pag. 56.* Ego id moneo, locum Arnobii *adversf. gent. lib. 11. pag. 91.* nec de hoc capite legis Cinciæ videri intelligendum, nec de altero, quod in donatione solemnitatem mancipationis exigebat: sed de bonis & muneribus a patrono causatum non accipiendis, quod aliquoties revocatum in usum, jam a Claudii temporibus cœpit obsolescere. HEIN.

Usque ad quingentos solidos) Quæ summa nostra moneta efficere creditur 2500. Carolenos. Taxatur enim solidus, qui & aureus (ut patet ex innumeris locis & collatione sequentium, *l. 3. prætor ait 6. de his, qui eff. vel dejec. cum §. 1. inf. de oblig. quæ quasi ex dec.* item *l. penult. & ult. de in jus voc. cum §. ult. in fin. inf. de pæn. tem. lit.* item *l. 8. in fin. & l. 9. de inoff. cum leg. cum ex falsis 47. de man. test.*) centum sestertiis, sive quinis Carolenis, aut duobus scutatis sive coronatis. Gror. *sperf. flor.* Quamquam non idem perpetuo pondus, nec coa-

conſtans ſolidi æſtimatio fuit. Qua de re conſulendi Budæus *de aſſ. l. 3. & 5.* Hotoman. *de re numm. cap. de numm. aur.* Covarru. *de collat. vet. manummiſm. cap. 2.* Dictus vero ſolidus, non quia ex puro & ſolido aureo erat: ſed quia nummus erat integer, & ad differentiam ſemiſſium & tremiſſium, qui valebant dimidiam & tertiam ſolidi ſive aurei partem.

(4) *Quæ inſinuationem minime deſiderant.* Harum numero ſunt donationes principales, quas ſcilicet vel Princeps facit, vel quæ Principi fiunt, *l. ſancimus 34. Cod. hoc tit.* item donatio propter nuptias, *Nov. 119.* ubi in vulgari verſione nomen ſponſalitiæ largitatis ſumptum pro donatione propter nuptias: nam in Græco eſt, *ὡς τὴν διὰ τὰς ἀρραβῶνας δωρεὰν* &c. Poſtea diſtinctio aliqua adhibita, *Novella 127. §. 2. auth. eo decurſum, C. de donat. ant. nupt.* Præterea ſi quid pro redemptione captivorum, pro reſtitutione ædium incendio aut ruina conſumptarum, aut ſi quid fortiſſimis militibus donatum ſit a militum magiſtris, quanticumque ſit pretii quod donatum eſt, valet donatio, etſi auctorum auctoritate non nitatur, *l. pen. in pr. §. 1. & 2. C. eod.* De donationibus, quæ ad pietatem reſpiciunt, dubitatum eſt, aliquone privilegio hodie uti debeant, an jure communi cæterarum donationum conferri. Ratio dubitandi, quia cum adhuc cæteræ donationes, quæ trecentos ſolidos ſuperarent, inſinuationum deſiderabant; in pias cauſas collatæ uſque ad ſummam quingentorum ſolidorum ſtabant etiam ſine inſinuatione, *d. l. 34. §. 1.* Unde dicendum videtur, poſtquam conſtitutum eſt, ut quævis donatio uſque ad 500. ſolidos etiam ſine monumentis valida ſit, *d. l. pen. in fin.* privilegium, quod donationes in pias cauſas factæ habuerunt, proportionaliter producendum eſſe, atque generis donationes etiam ſine fide monumentorum ſubſiſtere debere ad minimum uſque ad ſolidos ſeptingentos. Communis tamen DD. in *leg. illud 19. Cod. de ſacroſ. Eccleſ. & dict. leg. 34. hoc tit.* ſententia eſt, donationem ad pias cauſas nullum amplius eſſe privilegium, ſed in his idem, quod in cæteris obſervandum, ut ſi 500. ſolidos excedant, actis eas inſinuare neceſſe ſit, propterea quod Juſtinianus privilegium piæ cauſæ expreſſe non auxit, immo potius ſuſtuliſſe videtur, *dict. leg. penult.* cum ſanxit, ut id, quod antea jus ſingulare erat piæ cauſæ, jus commune eſſet omnium donationum, quæ non ſimpliciter a neceſſitate inſinuationis exemptæ ſunt.

(5) *Alia inſuper multa ad uberiorem exitum donationum)* Huc refero, quod Juſtinianus conſtituit, ut majoris ſummæ donationes, quæ actis inſcriptæ non ſunt, non omnino, ſed tantum quatenus legitimam ſummam excedunt, vitientur, *dict. leg. 34. §. 1. hoc tit.* Item ut plurium donationum eidem, ſed diverſis temporibus factarum ſummæ non ſimul æſtimentur, ſed cujuſque donationis ſeparatim & diſtincte, utque idem fiat, cum annua quantitas ad tempus vitæ donantis aut donatarii, *dict. leg. 34. §. penult. & ult.* Poſtremo quod rejici juſſit verba, quæ in donationibus poni ſolita erant, *ſeſtertii, nummi unius, aſſium quatuor, &c. leg. ult. Cod. eodem*, nam antea etiam in donationibus adhibenda erat imaginaria venditio, ſeu mancipatio, quoties ſcilicet res, quæ donabuntur, erant mancipii: alioqui earum rerum dominium ex jure Quiritium in accipientem non transferebatur. Quam ob cauſam qui volebat donare, cogebatur ſimulare venditionem, & diei cauſa unum nummum accipere, adi Cont. 1. *diſp. 16.*

Si tamen ingrati) Simplex & mera donatio temere, ut ſupra dictum eſt, revocari non poteſt: non ſola pœnitentia, ut donatio mortis cauſa: at nec ob quamlibet quidem ingratitudinem donatarii. Cæterum ſi inſignis ſit illius ingratitudo, & talis, quæ ſceleri affinis ſit aut conjuncta, etiam hujuſmodi donationem revocare merito & tamquam ab indigno auferre conceſſum eſt, *l. ult. Codice de revoc. don.* Poteritque eo nomine vel judicis implorari officium, vel agi condictione *ex dict. leg. ultim.*

(6) *Donatoribus licentiam præſtitimus)* Donatoribus ſolis, non etiam hæredibus eorum, *l. his ſolis 7. leg. ult. C. de rer. donat.* quippe actio, quæ adverſus ingratos datur ad revocandam donationem, vindictæ cujuſdam & ultionis injuriæ effectum habet, & ideo perſonalis eſt, atque actionis injuriarum in hoc ſimilis; quam conſtat hæredi ejus, qui injuriam paſſus eſt, non dari, *leg. d. 7. junct. §. 1. inf. de perp. & temp. act.* Nec in hæredes igitur ingrati danda erit, nec ſi ipſi ingrati, non donatarius, extiterint, *arg. d. l.* Quinimmo nec videtur recte poſſe objici ingratitudo ſucceſſoris ejus, cui donatum eſt; longeque alia eſt ratio feudi, quod non tantum primum inveſtitum, verum etiam ſucceſſores ejus ad certa officia præſtanda obligat.

Ex certis cauſis) Quæ numero quinque exprimuntur *dict. leg. ult.* & nimirum hæ: ſi donatarius atroces injurias in donatorem effuderit; ſi illi impias intulerit manus; ſi vitæ ejus inſidietur: ſi grandem jacturæ molem ſubſtantiæ & bonis donatoris ingeſſerit: ſi conventiones donationi appoſitas implere noluerit. Enimvero licet plures cauſas non enumeret Juſtinianus, atque ob eas tantummodo, quas exprimit, revocationem donationis permittat: aſſentior tamen communi DD. ſententiæ, qui negant, ſimiles & majores cauſas ob id excludi oportere, uti recte iidem etiam admittunt cauſas illas exhæredationis præter eas, quæ enumerantur *Nov. 115. cap. 3.* de quo uberius *inf. de inoffic. teſtam.* eoque jure utimur, Grot. *3. introd. cap. 2.* (7) Additur a DD. & alia cauſa revocandæ donationis, ſi ſcilicet donator poſt factam donationem ſuſceperit, *per leg. ſi umquam 8. Cod. dict. tit.* Tametſi enim ea lex tantum loquatur de patrono, & libertis, quorum propria & diverſa prorſus in pleriſque rebus ratio eſt, atque aliorum extraneorum: putant tamen, quorumcumque donationes eodem iſto jure cenſendas, ut inſperato ſuccedens filiorum ſoboles irritam faciat donationem. Utuntur autem hoc argumento: quod donatio facta ab eo, qui liberos non habet, videatur in ſe continere tacitam conditionem, ſi liberi ipſi poſtea nati non fuerint, de quibus ſi cogitaſſet, donaturus fuiſſe credi non debeat; cum nemo præſumatur ſucceſſiones alienas propriis anteponere, per *l. cum avus 102. de condit. & dem. l. cum acutiſſimi, 30. C. de fideicomm.* Ego vero, etſi hæc ſententia colorem aliquem humanitatis habere videtur, auſim affirmare, eam mentem Conſtantini, cujus eſt *d. l. ſi numquam, 8.* minime fuiſſe. Cur enim de patrono tantum locutus eſſet? An quia ex facto inciderat, ut de donatione a patrono facta quæreretur? Atqui generalis eſt conſtitutio ad Præfectum prætorio, non ad patronum aliquem aut certam facti ſpeciem directa. Quoties autem lex de certis perſonis loquitur, quibus aliquid beneficii tributum vult, certum eſt, legem ad alias perſonas non pertinere, *leg. ſi vero, 64. §. penult. ſolut. matrimon. leg. quod conſtitutum, 21. de teſt. mil.* Eſt vero etiam illud novum conſtitutum contra manifeſtam

rationem juris communis, *leg. 5. Cod. de oblig. & action. eum simil.* ut interpretis non sit, ad alios casus & donatores extraneos id producere, *leg. quod vero*, 14. *d. legib.* ideoque nec Græcis extenditur, *Basil.* 47. *tit.* 2. Harmen. 3. *tit.* 2. nec aliter *leg.* 3. *Cod. Theodos. de revoc. donat.* quæ eadem est cum *dict. leg.* 8. interpretatus est Anianus, qui Alarici Regis tempore floruit, multis annis ante Justinianum. Excutiantur omnes loci juris civilis, nullus invenietur, qui de jure revocandi donationem propter liberos donatori postea natos loquatur: ac ne apud Justinianum quidem, qui cum liberorum jura ubique non servaverit modo, verum etiam auxerit: utique hujus revocationis aliqua parte mentionem fecisset: certe ubi ex professo recenset causas revocandæ donationis, si hanc etiam pro causa generali haberi voluisset, omissurus non fuerat. Canones etiam contrarium ostendunt, *cap. ultim. cap.* 17. *quæst.* 4. ubi Augustinus, laudans factum Sancti Aurelii Episcopi Carthaginensis, quod reddidisset donatori ob liberos ei natos, quæ ille Ecclesiæ donaverat, *In potestate*, inquit, *habebat Episcopus non reddere, sed jure fori, non jure poli.* Perperam autem ad præsentem casum trahitur species *dict. leg. cum avus*, 120. *de condit. & demonst. dict. l. cum acutissimi*, 30. *Cod. de fideicom.* Nam eadem ratione revocatio rei donatæ etiam concedenda esset ei, qui cum forte unum filium haberet, donavit, & postea plures suscepit, neque quod revocatur, liberis acquiritur, sed pleno jure ad patrem revertitur, ut jam de iis iterum liberum de eo disponendi arbitrium habeat. Quid quod amissa ex causa supervenientium liberorum revocatione donationis in quosvis etiam extraneos factæ nemo nisi liberis carens plene & pure donare intelligeretur? Nam & ubi partis alicujus bonorum donatio facta est, constitutio locum habet; de quo opulentius nos *lib.* 2. *select. quæst. cap.* 32. Proculdubio igitur de jure verior est sententia plerorumque Neotericorum, Connani *lib.* 5. *comment.* 10. Donell. *ad dict. leg. si unquam* Anton. Faber. 7. *conject.* 14. 15. Bachovii *in Treutl. disp. de donat.* Asserentium, in solis patronis hanc revocandæ donationis speciem a Constantino introductam atque appobatam esse: quamquam contraria sententia communis est, & in praxi obtinet, ut inter alios testantur Tiraquell. *in dict. leg. si unquam.* Mynsign. 5. *observ.* 73. & secundum hanc judicatam a Senatu Parisiensi, Papon. *lib.* 11. *syntagm. tit.* 1. *de donat.* §. 20. add. Christ. *vol.* 1. *decis.* 340. & *volum.* 4. *decis.* 129. *cum alleg.* Grot. *lib.* 3. *introduct. cap.* 2.

T E X T U S.

De donatione ante nuptias vel propter nuptias.

3 *Est & aliud genus inter vivos donationis, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a junioribus Divis Principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur, & tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium esset insecutum. Ideoque ante nuptias vocabatur, quod ante matrimonium efficiebatur, & numquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem D. Justinus pater noster, cum augeri dotes & post nuptias fuerat permissum, si quid tale eveniret, & ante nuptias augeri donationem, & constante matrimonio sua constitutione permisit: sed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, & consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus, ut tales donationes non augeantur tantum, sed etiam constante matrimonio initium accipiant; & non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur: & dotibus in hoc exæquentur ut quemadmodum dotes, constante matrimonio, non solum augentur, sed etiam fiunt: ita & istæ donationes, quæ propter nuptias introductæ sunt, non solum antecedant matrimonium, sed eo etiam contracto augeantur, & constituantur.*

N O T Æ.

3. *Ex constante matrimonio*) Dum ne propter nuptias donatio excedat quantitatem dotis, ne fraus fiat juri publico, quod donatio inter conjuges prohibetur, *leg.* 1. & *tot. tit. ff. de donat. int. vir. & uxor.* & *Cod. eod.* Extat Justini constitutio *in leg. penult. C. de donat. ante nupt.*

Nomen inconveniens) Quia poterat constante matrimonio augeri. Nunc ex sententia Justin. & augeri, & constitui potest.

Constituimus) *Leg. ult. C. eod.* alia extat *Nov.* 97. ubi etiam præcipit, ut donatio propter nuptias doti omnino respondeat, tum in quantitate, tum in pactis.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Donationes, quæ inter sponsum & sponsam fiunt, sensim ita formatas, ut veræ donationes, & juris gentium esse desierint.*
2. *Quid primum circa has donationes a Constantino constitutum?*
3. *Quid procedente tempore ab aliis? & num.* 5.
4. *Rei propter nuptias donatæ dominium revera in uxorem non transire.*
6. *Constitutionem Justin. de æquitate dotis, & donationis propter nuptias publica consuetudine repudiatam.*
7. *In Belgio quoque neque donationum propter nuptias, neque dotis usum esse.*

Dos & donatio propter nuptias genera sunt impropriæ donationis inter vivos. Dotem ab antiquis inter donationes numeratam, testis est ipse Justinian. *l. ult. C. de don. ant. nupt.* ut nimirum sit, nihil de ea hoc loco tradi. Est autem dos donatio nomine uxoris in maritum collata ad onera matrimonii sustinenda *l. pro oneribus*, 26. *C. de jur. dot.* Donatio propter nuptias viceversa est, quæ a patre mariti in uxorem, vel sponsi in sponsam confertur in securitatem dotis, & quasi numerandæ dotis causa: unde quæ ita donantur a Græcis, ἀντίφερνα dicta sunt, hoc est, quæ vice mutua pro dote dantur, *d. l. ult. in princ.* Est igitur donatio propter nuptias veluti contraria dos mariti, hostimentum ἀντιπροικὸς dotis uxoriæ; *idem in Basilic.* Hujus donationis origo & incrementum hic ostenditur.

(1) *Quod veteribus prudentibus penitus erat incognitum*) Veteribus incognitæ non fuere donationes ante nuptias, hoc est, quæ inter sponsum & sponsam liberalitatis & amoris gratia fieri solent, & juris gentium sunt: sed talis species donationis ante nuptias, qualis tempore Justiniani frequentabatur, veteribus incognita fuit, utpote quæ demum post translationem Imperii in Orientem excogitata est, sensimque ita formata, ut vera donatio & juris gentium esse desierit, factaque sit spe-

species donationis impropriæ, & quæ omnino sit juris civilis. Sciendum enim est prioribus temporibus donationes sponsalitias, hoc est, quæ a sponso in sponsam conferebantur, vel contra a sponsa in sponsum, (nam & hoc aliquando fiebat, *l. 1. ff. h. tit. l. 12. l. 16. Cod. de don. ante nupt.*) habitas fuisse, non tanquam nuptiarum causa, sed perinde ac si pure atque absolute factæ fuissent, eamdemque earum fuisse vim, quam habent donationes cæteræ, quæ ex mera liberalitate fiunt, ut nullo scilicet casu ad donatorem reverterentur, *d. l. 1. §. 1. l. 8. cum aliquos seqq. C. h. t.* Itaque ne eo quidem casu revocare hujusmodi donationem licebat, quo nuptiæ secutæ non essent, *d. l. 1. §. 1. l. 2. & l. 12. C. h. d. t.* nisi ea lege nominatim facta esset donatio, aut id actum evidenter appareret, ut nuptiis non secutis res donatæ redderentur. (2) Postea ex constitutione Constantini hoc jure uti cœperunt, ut donatio omnis inter sponsum & sponsam facta intelligeretur tacitam in se habere conditionem futurarum nuptiarum, *l. cum veterum*, 15. *Cod. eod. tit.* Et optima sane ratione: nam donatio sponsi in sponsam merito presumitur proficisci a singulari affectione, qua sponsam ut futuram uxorem complectitur, sine spe nuptiarum haud facile donaturus. Non est autem hac Constantini constitutione effectum, ut donatio interim in suspenso sit, donec nuptiæ secutæ fuerint: ita enim futurum esset, ut in eum casum incideret, a quo non posset incidere, nimirum, in donationem inter virum & uxorem *leg. 4. Cod. eod.* quæ jure civili semper prohibita fuit: sed ut non secutis nuptiis resolvatur, uti antea fiebat, cum id expresse cautum fuerit *dict. leg. 1. §. 1. hoc tit.* Cæterum non in omnem eventum, quo nuptiæ secutæ non fuerant, repetitionem donati Constantinus concessit; sed ita distinxit, ut si per eum eamve, qui quæve donationem accepit, steterit, quo minus nuptiæ sequerentur, donatori aut donatrici condictio daretur ob causam dati causa non secuta; sin vero per donantem factum esset, non solum donati esset retentio, verum etiam exactio, *dict. leg.* 10. Quod si mors alterutrius spem nuptiarum sustulisset, tunc si quidem sponsa donasset, omnimodo & integre, quod donatum erat, repetitio foret, sive osculum intervenisset, sive non; at si sponsum, tum non aliter ipsi aut hæredibus ejus jus esset repetendi totius, quod donatum esset, quam si osculum non intercessisset: interveniente vero osculo, partem tantum dimidiam repetere licere: *l. si a sponso*, 16. *Cod. eod.* quasi osculi jure augeatur jus sponsalium, & qui osculum accepit, quasi maritus sit, aut certe plus quam sponsus; non enim satis est *maritum osculo putari*, ut ait Fabius *declam.* 279. Porro nuptiis secutis nulla donati repetitio, sed res pleno jure atque irrevocabiliter ejus, cui donata erat, facta intelligebatur. Successit tandem donatio ante nuptias, de qua hic agitur, & quam Justinianus propter nuptias vocari voluit. Hæc fit a solo sponso, & vi atque effectu multum a præcedentibus differt. (3) Nam primum doti, cujus remuneratio quædam censetur, in hoc similis est, quod quemadmodum uxor soluto matrimonio dotem recipit, *l. 2. sol. matr.* ita & vir donationem propter nuptias, *c. ult. x. de donat. inter vir. & uxor.* Deinde nec revera ex hac donatione dominium rei donatæ transit in uxorem; sed alia jura consequitur, veluti jus specialis hypothecæ: nam res donatæ propter nuptias pro securitate dotis mulieri speciatim obligatæ esse intelliguntur, *l. ubi adhuc Cod. de jur. dot. Nov. 61. cap. 1.* & hic præcipuus hujus donationis finis ut dos mulieri sit cautior: unde recte D. Wesemb. notat, res propter nuptias donatas potius hypothecæ subjici videri, quam vere alienari. Item hoc, ut viro temere divertium faciente donatio hæc aut tota aut pro parte lucro uxoris cedat, in quo doti quoque respondet: nam mulier sine justa causa divertens, & ipsa amissione dotis plectitur, *leg. consensu*, 8. *hac nisi*, 4. *Cod. de repub.* Novissime etiam hoc constitutum, ut quibus casibus maritus ex pacto dotem vel partem ejus lucratur, iisdem & uxor lucretur donationem propter nuptias partemve ejus, *Novell. 71. cap. 1. Novell. 91. cap. 1. Novell. 97. cap. 1.* Doctores vulgo etiam dominium rerum propter nuptias donatarum uxorum acquiri affirmant, quos sequuntur Schneid. *hic num. 5.* & Gudelin. *1. de jur. noviss. arg. dict. leg. 29. Cod. de jur. dot. dict. Nov. 97. cap. 1. dict. Nov. 61. cap. 1. vers. non enim.* (4) Sed si mulier harum rerum domina efficitur, prorsus absurde facit Justinianus, quod jus pignoris mulieri in his constituit: item quod nominatim marito intercidit harum rerum alienationem & oppignorationem, *Nov. 61.* nam ne pignus quisquam habere potest in re propria, nec rem alienam alienare, aut pignori obligare. Ratio quoque non patitur, ut hic idem de donatione propter nuptias, quod de dote, statuamus: neque enim necesse est, ut quemadmodum res in dotem datæ marito traduntur, ita & possessio rei propter nuptias donatæ transferatur in uxorem. Quod vel ex eo liquet, quod fructus ex re donata constante matrimonio percepti non uxori, sed marito acquirantur, ut recte tradunt Schneid. *num. 4.* Gomez. *in leg. Pauri*, 50. & 3. *seqq. num.* 11. Duaren. *tit. sol. matrim. Cod. de dona. prop. nupt. arg. in dict. leg. 29. Cod. de jur. dot.* Nam si hos fructus mulierem sequi volumus, futurum est, ut maritus, qui solus onera matrimonii sustinet, careat omni commodo dotis, maxime postquam placuit, ut donatio propter nuptias doti & quantitate & in pactis respondeat, *Nov. 97.* Plane Justinianus non putavit reprehendendos judices, qui pro his rebus donatis mulieri aliquando accommodaverant actionem in rem post solutum matrimonium, *Nov. 61. §. 1.* sed locus ipse ostendit, eos hoc non fecisse ex ratione juris, neque directam in rem dedisse sed utilem, quæ aliquando etiam non dominis ex æquitate conceditur. Ita ferme & D. Bachov. *hic*, VINN.

Immo non opus est postrema responsione. Nam quum ipse fateatur auctor, uxori in rebus propter nuptias donatis competere jus pignoris; quidni eamdem habeat actionem in rem, puta quasi *Servianam*? An si mihi actio in rem competit, inde sequitur ut sim dominus? Idem dicendum *ad l. 29. C. de jur. dot.* ubi *vindicare* dicitur uxor donationem propter nuptias. *Vindicationes* enim veteribus dictas esse actiones omnes in rem, vel ex §. 15. *Inst. ad act.* manifestum est. HEIN.

A junioribus Divis Principibus) Tempore Constantini hoc genus donationis ante nuptias adhuc incognitum erat; quippe qui hoc tantum introduxit, ut donatio ante nuptias, quæ antea pura habebatur donatio, tacitam haberet conditionem, si nuptiæ sequerentur, *leg. 15. Cod. de donat. ante nupt.* Secutis autem nuptiis, adhuc plenissimo jure quod donatum erat, manebat conjugis, qui accepisset: nec a sponso solum, verum etiam a sponsa Constantiniana ante nuptias donatio fiebat, *l. 16. Cod. eod.* Postea placuit, ut ad donatorem soluto matrimonio revertatur, *leg. ult. Cod. eod.* At donatio, de qua hic agitur, a solo sponso fit, nec ita unquam, ut sponsæ aut uxori pleno ac perpetuo jure res donata acquiratur: alioqui non recte Justinus permisisset,

ut constante matrimonio augeretur: quoniam tali augmento incidisset in donationem inter virum & uxorem. Intelligit igitur haud dubie Imperator Principes Constantino juniores, qui pro vetere ante nuptias donatione penitus novam hanc substituerunt, quæ a solo sponso vel viro fit propter dotem & in dotis securitatem, & quæ non solum nuptiis non secutis nullius momenti est, sed nuptiis etiam secutis & postea distractis resolvitur, re donata ad virum redeunte, vel potius apud eum remanente: quia, ut modo probavimus, mulier per hanc donationem nec proprie nec vere domina constituitur. A quibus autem introducta, aut quo tempore primum recepta sit, incertum est. Illud patet, sub Theodosio juniore & Valentiniano III. jam receptam fuisse, *leg. consensu*, 8. §. *hæc nisi*, 4. *de repub.*

Primus Divus Justinus pater noster) Initio donationes ante nuptias post contractum matrimonium nec inchoari nec augeri poterant. Primus Justinus, quem hic patrem suum Justinianus appellat, ut & *infr.* §. *penult. quib. non est perm. fac. test.* quoniam ab illo avunculo suo adoptatus fuit, permisit, ut aucta postmodum dote, tunc etiam augeri posset præcedens ante nuptias donatio, *leg. si constante*, 19. *Cod. de donat. ante nupt.* Justinianus autem etiam inchoari hujusmodi donationes post nuptias permisit, *leg. ult. Cod. eod.* Cæterum hæc ita, ut si post contractas nuptias fierent vel augerentur, dotis quantitatem minime excederent, ne fraus fieret Senatusconsulto, quo inter virum & uxorem donatio prohibetur.

(5) *Sed etiam constante matrimonio initium accipiant)* Hoc a Justiniano constitutum, *dict. leg. ult. in princ. verb. simplices*. Adhuc donatio ante nuptias arbitraria erat, quamvis dos data esset: poteratque aut nulla constitui, aut dote minor, majorve, etiam si ante nuptias fieret, nec ulla requirebatur aut in partibus lucri, aut in quantitate, quæ utrinque conferebatur, æqualitas. Tantum pacta, quæ inter virum & uxorem fierent de lucranda dote aut rebus propter nuptias donatis ad partium æqualitatem redigi cœperant. Sic enim a Leone constitutum erat; ut quantam partem stipulata fuerat mulier sibi lucro cedere ex ante nuptias donatione post mortem mariti, tantam maritus ex dote sibi stipularetur ab uxore, *leg. ex morte*, 9. *Cod. de pact. conv. tam sup. dot.* (6) Cui Justinianus addiderat, si pacta lucrorum paria non esse contingeret, ut major lucri pars ad minorem reduceretur, *leg.* 10. *dict. tit. dict. leg. ultim. vers. simplices*, quæ confirmantur adhuc, *Nov.* 22. Tandem Justinianus, *Nov.* 97. unde sumpta *auth. æqualitas Cod. de pact. conv. tam supra dot.* statuit, ut non partium solum æqualitas esset, verum etiam quantitatum, atque omnimodo & in pactis stipulationibus, & in ipsa etiam præstatione aut promissione tam dotis quam donationis ante nuptias æqualitas servaretur, utque dote vel donatione propter nuptias aucta vel deminuta, ad parem quantitatem altera vel augeretur, vel minueretur, ex quo amplius liberum non fuit donare vel non donare, aut minus dote donare. (7) Cæterum hanc constitutionem cum sua exæquatione & donandi necessitatem jam pridem repudiavit publica consuetudo, ut notant Accursius *dict. auth. æqualitas*. Baldus, Salic. *in summa dict. leg. ex morte*. Schneid. *hic num.* 4. Gail. 1. *observ.* 36. *num.* 10. Quin etiam Cujac. 5. *observ.* 4. refert, donationes propter nuptias penitus ex usu sublatas esse. Sane in Belgio proprie neque donationem propter nuptias, neque dotium usus est; quamquam bona, quæ mulier in matrimonium confert, dotem adhuc appellamus. Doarium autem sive dotalium, quod moribus receptum, mera donatio est, quam mortuo marito uxor percipit & lucratur: & ideo constante matrimonio neque constitui neque augeri potest, sed pactis antenuptialibus duntaxat. Consulantur super hac re D. Neostad. *de pact. antenupt.* Joann. a Sande *lib.* 2. *tit.* 4. *fere per tot.* Grotius *lib.* 1. *manduct. ad Batav. jurispr. cap.* 5. & *lib.* 2. *cap.* 11. *cum* 2. *seq.* Petrus Greg. *syntagm.* 11. *cap.* 4. Gudelin. *lib.* 1. *de jur. noviss. cap.* 8. De jure mariti in bonis uxoris & societate conjugali, idem *dict. leg.* 1. *cap.* 7. de jure superstitis conjugis, & lucris nuptialibus, idem *dict. leg.* 1. *cap.* 11. *leg.* add. D. Lamb. Goris *advers. jur. tract.* 1. *fere per totum*. Quibusdam in locis certæ partis bonorum mariti ususfructus pro doario uxori assignatur legibus municipalibus. Vide Christ. *vol.* 1. *decis.* 72. 237. 273. & *illic citatis*.

Sed propter nuptias vocentur) Justinianus donationem ante nuptias appellari voluit donationem propter nuptias: quoniam & augeri eam & fieri etiam post nuptias permissum sit, *leg. ultim. Cod. de donat. ante nupt.* quod non est magni momenti: & vetus nomen Rubrica Codicis retinuit. Rectius appellaretur donatio propter dotem, quod respondet vocabulo, quo Græci utuntur: quibus dicitur ἀντίφερνα. Cæteroquin & dos propter nuptias donatio est, *d. leg. ultim.*

TEXTUS.

De jure accrescendi.

4. *Erat olim & alius modus civilis acquisitionis, per jus accrescendi, quod est tale: Si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuerit, vel vindicta, vel testamento; eo casu pars ejus amittebatur, & socio accrescebat. Sed cum pessimum fuerit exemplo, & libertatem servum defraudari, & ex eo humanioribus quidem dominis damnum inferri, severioribus autem dominis lucrum accedere; hoc quasi invidiæ plenum pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus. Et invenimus viam, per quam manumissor, & socius ejus, & qui libertatem accepit, nostro beneficio fruantur, libertatem cum effectu procedente, cujus favore antiquos legum latores multa etiam contra communes regulas statuisse manifestum est, & eo, qui eam libertatem imposuit, suæ liberalitatis stabilitate gaudente, & socio indemni conservato, pretiumque servi secundum partem dominii, quod nos definivimus, accipiente.*

COMMENTARIUS.

Alius *modus civilis acquisitionis)* Vel hinc apparet, superiores acquirendi modos inter acquisitiones civiles a Justiniano numerari. Subjicit autem hic pro conclusione alium civilis acquisitionis modum, sed antiquatum, & quem ipse jam antea abrogaverat, quo scilicet pars unius dominii communem servum manumittentis socio quærebatur jure accrescendi. Quod jus donationi valde affine erat, quoniam & ipsum causa erat mere lucrativa: & quia dominium istius partis citra traditionem transibat ad socium, omnino hic modus pertinebat ad jus civile, estque casus quidam, quo jus accrescendi locum habebat extra causam ultimarum voluntatum. VINN. Sed suppetunt plures, veluti in usufructu *tit. ff. de usufruct. accresc.* & in socio liberalitatis imperialis, *l. unic. Cod. si lib. imp. soc.* HEIN.

Vin-

Vindicta, vel testamento) Meminit duntaxat manumissi vindicta aut testamento: quia alio modo, puta per epistolam, aut inter amicos manumissus huc non pertinebat. Sic enim jus erat, ut quibus modis servum proprium manumittens civem Romanum faciebat, iisdem modis communes manumittens partem suam amitteret, eamque accresceret socio, quibus autem modis proprium manumittens Latinum faciebat, ut iis modis communem manumittens nihil ageret, id est, neque Latinum faceret, neque partem suam amitteret, Ulp. *tit.* 1. *de libert.* §. *comm.* 18. Paul. 4. *sent.* 12. *in pr.* VINN. Immo ex Ulp. loco patet, circa manumissos per epistolam aut inter amicos dissensisse veteres, & non omnes, sed plerosque tamen existimasse, manumittentem nihil egisse. Cui sententiæ & Paulus favet. HEIN.

Eo casu pars amittebatur) Nam cum ea a domino manumissore abiret, nec tamen aut libertas communi servo ab uno e dominis in præjudicium socii sui dari posset, aut quisquam pro parte servus, pro parte liber esset, quoniam status hominis individuus est: necessario eveniebat, ut pars manumissoris, quippe quæ nullius esse non poterat, accresceret, accederetque socio: non absimili ratione, qua placet, usumfructum in jure cessum extraneo extingui, & redire ad proprietatem, quod explicatum §. *penult. supr. de usufruct.*

Per nostram constitutionem mederi) *leg.* 1. *Cod. de comm. serv. mand.* ubi quod in solis militibus antea obtineat, jus commune facit sancitque generaliter, ut servus communis ab uno ex dominis manumissus liber omnino fiat, si manumissor alteri domino pretium suæ partis persolvere paratus sit. Neque inter modos manumittendi hic distinguendum, cum quævis manumissio nunc civem Romanum faciat, §. 3. *supr. de lib.* & generaliter loquatur Imp. *dict. l.* 1. §. 1.

Contra communes regulas) Jure communi nemo rem suam vendere aliove modo alienare cogitur, *l. invitum*, 11. *Cod. de contr. empt. l. nec emere*, 16. *Cod. de jur. del.* Ab hoc jure in casu proposito recedendum putavit Justinianus propter favorem libertatis: neque hoc, ut novum carpendum esse, cum etiam veteres juris conditores multa pro libertate contra rationem juris constituisse notum sit, *l. generaliter*, 24. §. *si quis*, 10. *de fid. lib.* Plures casus, quibus quis rem suam vendere cogitur, notavimus ad §. *ultim. supr. de his, qui sui vel alien. juramen.*

Quod nos definivimus) Ne de pretio partis domini non manumissoris contentio esset, Justinianus servorum pretia pro ætate atque artificio, cujusque quod exerceret, certa definivit, crescuntque a decem solidis, usque ad septuaginta, *dict. leg.* 1. §. *ne autem*, 5. *Cod. de comm. serv. man. l. ult. Cod. de cond. insert.* Quod tamen nonnulli non satis prudenter factum existimant, definitionemque pretii in singulis causis arbitrio Magistratus potius permittendam fuisse. Hujus §. nullum esse hodie usum intelligi potest ex iis, quæ diximus *leg.* 1. *titul. de jur. personar.*

TITULUS OCTAVUS.

QUIBUS ALIENARE LICET, VEL NON LICET.

Continuatio, atque argumentum Tituli.

Explicari hactenus sunt plerique modi, quibus dominium rerum singularum nanciscimur tum jure gentium, tum jure civili. In his præcipuus & modus maxime naturalis est, cum dominus rem suam ita alteri tradit, ut eam velit fieri accipientis, *v. per traditionem*, 40. *supr. de rer. div.* Cæterum cum hoc non semper procedat, propterea quod non omnes qui domini sunt, jus alienandi rem suam vel etiam administrandi habeat: deinde quia quandoque etiam contingit, ut is, qui dominus non est, dominium in accipientem transferat, eo quod alienandi potestatem a lege accepit; utrumque hoc Justinianus exemplis sibi declarandum putavit proprio titulo; quem idcirco etiam statim superioribus subjicit. In *princip.* & §. *ult.* profert exempla eorum, qui cum domini sint, jus tamen alienandi non habent, in §. 1. exemplum contrarium.

TEXTUS.

Summa tituli, de Marito, qui licet fundi dotalis dominus sit, tamen alienare nequit.

Accidit aliquando, ut qui dominus rei sit, alienare non possit: & contra, qui dominus non sit, alienandæ rei potestatem habeat. Nam dotale prædium maritus invito muliere per legem Juliam prohibetur alienare: quamvis ipsius sit dotis causa ei datum. Quod nos, legem Juliam corrigentes, in muliebrem statum deduximus. Cum enim lex in solis tantummodo rebus locum habeat, quæ Italicæ fuerant: & alienationes inhibebat, quæ invita muliere fiebant: hypothecas autem earum rerum etiam volente ea: utrique remedium imposuimus, ut etiam in eas res, quæ in provinciali solo positæ sunt, interdicta sit alienatio, vel obligatio, ut neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat: ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum convertatur.

NOTÆ.

Dotale prædium) Inæstimatum scilicet: nam æstimati in dotem dati alienatio marito permissa, *l.* 10. §. 4. *ff. de jur. dot. l.* 5. *l.* 10. *Cod. eod.* sicut & rei mobilis, *l.* 3. §. 2. *ff. de fuis & legit. l.* 3. *C. de jur. dot. auth. sive a me C. ad Sen. Vell.*

Sexus muliebris fragilitas) Ne fragilitate suæ naturæ in repentinam reducatur inopiam, *d. l. un.* §. 15.

COMMENTARIUS.

1. *Prohibitionem legis Juliæ ad res dotales mobiles non pertinere, neque ad ullas æstimato in dotem datas.*
2. *Solum maritum verum justumque rei dotalis dominum esse, plenissime probatur, remotis omnibus objectionibus.*
3. *Alienandi verbum quam late pateat ex sententia legis Juliæ?*
4. *Cur lex arctius prohibuerit fundi dotalis oppignorationem quam alienationem?*
5. *Quantum mores nostri dissideant a jure scripto?*

Data-

Dotale prædium maritus prohibetur alienare) Primum exemplum, quo ostenditur, cum qui dominus est, aliquando alienare non posse, propositum judicio dianoetico syllogismi tertiæ figuræ partibus explicatis. Est vero partium metathesis, qua sublata apparebit syllogismus in Felapton. *Maritus prædium dotale alienare non potest; Maritus est dominus prædii dotalis, Ergo quidam rei dominus eam alienare non potest.*) Ait *prædium*: ergo rei mobilis alienatio marito prohibita non est, quod etiam probant textus in *leg.* 3. *&* 2. *de fuis & leg. l.* 3. *Cod. de jur. dot. leg. ult. Cod. de serv. pign. dot. man. auth. sive a me* §. 1. *Cod. ad SC. Vell.* utique tamen hoc ita, si maritus solvendo est, *leg.* 1. *Cod. dict. tit. de serv. pign. &c.* nam alioqui in fraudem uxoris id facere censetur, quippe cui dos deberi incipit: ex quo constat, mariti facultates ad exactionem dotis non sufficere etiamsi matrimonium necdum solutum sit, *l. si constante*, 24. *sol matr. l. si servum*, 21. *de matrim. l. ubi*, 29. *B. de jur dot.* Prædium autem accipere debemus inæstimatum: nam quæ res æstimato in dotem dantur, eas omnes, sive mobiles sint, sive immobiles, libere a marito alienari posse vel ex eo patet, quod soluto matrimonio non res ipsæ, sed pretium sive earum æstimatio in restitutionem veniat judicio venditi, *leg.* 10. §. *si ante* 4. *de jur. dot. l.* 5. 5. *l.* 10. *C. eod* Utique si æstimatio facta venditionis causa: secus autem si facta sit tantum intertrimenti, id est, taxationis causa, ut constet, quanti res sit, ut in *l.* 69. §. 7. *de jur. dot. l.* 50. *sol. matr. l.* 20. *C. de jur. dot.* Errat vero procul dubio Wesembecius contendens, maritum non alias res mobiles alienare posse, quam quæ servando servari nequeunt *arg. l. lex quæ*, 22. *C. ad adm. tut.* Longe enim plus juris maritus habet, quam tutor, & futilis collectio est ex *l. res in dotem*, 42. *de jur. dot.* Rerum, quæ pondere, numero, mensura constat, maritus liberam alienationem habet; ergo cæterarum rerum mobilium non habet. Atque hoc tantum Jurisconsultus ibi docere voluit, quantitatem in dotem dari eodem jure & obligatione, qualis est in mutuo.

Per legem Juliam) Quæ vulgo appellatur Julia de fundo dotali, *l.* 1. *l.* 4. *de fund. dot.* Tulit hanc legem Augustus: est enim ea ipsa, quæ de adulteriis & de pudicitia dicitur, ut constat ex Paul. 2. *sent.* 21. atque ex inscriptione multorum capitum sub *dict. tit. de fund. dot.* quippe lex illa inter alia hoc etiam caput de fundo dotali habuit conceptum in hæc verba: *Fundum Italicum dotalem maritus invita uxore ne alienato: neve consentiente ea obligato*, *l. un.* §. *& cum lex*, 15. *C. de rei uxor. act.* Adi Briss. *lib. sign. ad l. Jul. de adult.* ubi hujus legis capita, quæ quidem in libris nostris continentur, accurate collegit & exposuit. Causa prohibitionis est favor dotium, quas mulieribus salvas esse etiam publice expedire creditur, quo facilius iterum virum inveniant, *l.* 2. *de jur. dot.* Ac tametsi soluto matrimonio maritus, hæredesve ejus dotem restituere tenentur: præstat tamen, mulierem rem habere salvam, quam in personam agere, per *l. plus cautionis*, 25. *de reg. jur. l.* 5. *de susp. tutor.* Cæterum non de rebus dotalibus omnibus lex cavit, sed de prædiis duntaxat; utpote quorum alienatio mulieribus maxime damnosa esse potest propter harum rerum pretium. Sed & prohibita rerum mobilium alienatione facile fieri posset, multi ut deciperentur, magna quæ inde sequerentur incommoda?

(2) *Quamvis ipsius sit*) Maritum esse rei dotalis dominum, innumeris locis & perspicue proditum est. *l.* 1. §. 1. *leg. dot.* 13. §. 2. *de fund. dot. leg.* 7. §. 3. *de jur. dot. leg. si prædium*, 23. *Cod. eod. leg. quotiens*, 27. §. *ultim. de pecul. &c.* causamque dotis habilem esse da transferendum dominium, non secus ad venditionem, permutationem, donationem, scriptum expresse est, §. *per traditionem*, 40. *supr. de rer. divis.* & probat *tit. Pand. pro dote*, non alias mulier rem alienam marito ex causa dotis tradens non transferret usucapiendi facultatem, neque marito amissa possessione daretur actio in rem Publiciana, *leg.* 3. §. 2. *de Publ. in rem act.* Idem quoque arguunt effecta juris dominici propria, qualia sunt, quod maritus solus rem dotalem vindicat, *leg. dote*, 9. *Cod. de rei vindic.* quod servus dotalis hæres ab aliquo institutus jussu mariti aut adit, aut repudiat hæreditatem, *l. servus*, 58. *sol. matr.* quod dotali servo libertatem dare potest, *leg.* 3. *C. de jur. dot.* Quibus etiam hoc argumentum accedit, quod ne mortuo quidem marito dominium rei dotalis ad uxorem revertitur, sed una cum universitate transit in hæredem mariti, *d. l.* 1. §. 1. *de fund. dot.* ut proinde ex ratione juris veteris nec ad repetendam dotem mulieri competeret actio in rem, sed tantum personalis rei uxoriæ, aut ex stipulatu. Postremo si maritus dominus rei dotalis non esset, quid opus fuit lege, qua marito interdiceretur fundi dotalis alienatio? Recte igitur Græci *in Basil.* 47. *tit.* 1. περὶ τοῦ ἐν τῷ γάμῳ ὁ ἀνὴρ κύριος. Non pauca tamen huic sententiæ obstare videntur, atque uxori non marito dominium dotis asserere in *l. quamvis* 75. *de jur. dot.* dos dicitur esse ipsius mulieris: alibi proprium mulieris patrimonium, *l.* 3. §. *ergo.* 5. *de min. l. in eum*, 10. *de rel. & sumpt. fund. l.* 2. *de collat. in leg.* 7. §. *si fundum*, 12. *sol. matrim.* De fundo dotali disserit Jurisconsultus, quasi de re aliena respectu mariti. Maritus in rebus dotalibus dolum & culpam præstat, *leg. in reb.* 17. *de jur. dot.* Penes mulieres esse dicitur etiam fundi dotalis possessio, ut satisdare ea de causa non teneatur, *leg. sciendum*, 15. § 3. *qui satid. cog.* Denique generaliter a Justiniano traditum est, res dotales in dominio uxoris permanere, *leg. in rebus*, 30. *Cod. de jur. dot.* Hæc nostri non uno modo componunt. Donellus *lib.* 14. *comment.* 4. putat, maritum rerum duntaxat æstimatarum & quantitatis in dotem datæ dominum esse, corporis inæstimato dati mulierem. Vultejus *hic &* 1. *disp. schol.* 19. uxorem esse dominam rei dotalis, maritum dominum juris in ea re constituti, Vaudus, 2. *var. quæst.* 13. & Joann. Castill. *de usufruct. cap.* 4. marito nihil ferme tribuunt, præter jus rebus dotalibus utendi fruendi, Robertus 3. *sent.* 18. dominium dotis marito concedit, proprietatem negat. Nonnulli dominium bonitarium penes maritum fuisse contendunt, Quiritarium penes uxorem, ut Perenot 2. *animadv.* 2. Alii contra, illud penes uxorem, hoc penes maritum, ut Horomannus *hic*. Cæterum nemo horum quicquam affert, quod mihi probari potest. Donelli distinctio aperte vitiosa est: nam cum per se dotis constitutio sit titulus idoneus ad transferendum dominium, *dict.* §. *per traditionem*, 40. necesse est, ut tam rei inæstimatæ in dotem datæ dominium in maritum transeat, quam æstimatæ, ut si aliena res est, usucapiendi conditio; quod etiam diserte traditur *leg.* 3. §. 1. *de Publ. in rem. act.* Hoc tantum interest, quod dominium mariti in re dotali non æstimata minus plenum nec perpetuum est, quippe cujus rei, si immobilis est, nec alienandæ, nec obligandæ jus habet, & quam ipsam soluto matrimonio restituere tenetur; nam quod dotis causa perpetua esse dicitur

leg.

leg. 1. *de jur. dot.* id ad votum dantis referendum est, quod ea intentione detur, ut perpetuo apud maritum sit. At rei æstimatæ dominium plenissime atque irrevocabiliter in eum transfert, ita ut pretii tantum debitor efficiatur; nisi forte electionem sibi mulier reservaverit, *leg.* 11. *de fund. dot. l.* 5. *Cod. de jur dot.* aut intertrimenti duntaxat causa æstimatio facta sit, ut paulo ante notatum. Idemque est cum res fungibilis in dotem data est: perinde enim tunc maritus obligatur, ac si mutuum accepisset, *l. res in dotem*, 42. *de jur. dot.* Quid quod admissa distinctione Donelli, fatendum erit; dominium rei dotalis non aliter transferri, quam si venditio aut mutuum contractum sit? quod qui asserit, vi ipsa simpliciter negat, contra juris auctoritatem, rem ex causa dotis transferri aut dotem esse justum titulum transferendi dominii. Et vel unum hoc ad refellendum Donellum satis est, quod maritus dicitur dominus esse illius ipsius prædii, quod lege Julia vetatur alienare, *leg. dotale*, 13. §. 2. *de fund. dot. & hoc text.* Etenim legis Juliæ prohibitio ad fundum dotalem non æstimatum fere solum pertinet: ad æstimatum non pertinet, nisi uno illo & altero casu, quem supra indicavimus. Vulteji quoque distinctio tolerari non potest, & a juris ratione nimium quam abhorret. Res ipsa in dotem data non jus aliquod in ea re mariti effici dicitur *leg.* 7. §. *si res*, 3. *de jur. dot.* prædium ipsum dotale mariti esse, dominium hujus prædii marito quæri, *dict. leg.* 13. §. 2. *de fund. dot. & hoc loc.* Quibus textibus atque aliis, quos supra adduximus, refutatur etiam opinio Vaudi & Castill. Pluribus atque ex professo distinctionem Vult. confutat D. M. Lyclama 7. *membr.* 26. Roberti merum commentum est, atque inauditum, alium dominium rei habere, alium proprietatem. Perenotti sententia plus coloris habet, sed tamen & ipsam falsam esse existimo. Moveor, quod distinctio illa dominii bonitarii & Quiritarii non pendet a titulo, aut causa acquirendi, sed a genere & modo, quo res in accipientem transferebatur. Potuit ergo maritus & ex jure Quiritium habere, puta si mancipatio aut in jure cessio intervenisset: potuit & in bonis tantum si simplex modo traditio facta esset, & res nondum usucapta, per ea, quæ Ulpian. *tit. de libert.* §. *qui tantum*, 11. Ac dominium quidem bonitarium semper penes maritum fuit, Quiritarium plenum non semper nudum numquam, in quo perspicue errat Hotoman. fac. *lex* 7. §. *si res*, 3. *cum leg. quamvis*, 75. *de jur. dot. leg. Lucius*, 21. §. 4. *ad municip.* Una hujus dissidii conciliatio est, eaque simplicissima, ut dicamus, solum maritum esse rei dotalis etiam inæstimatæ verum justumque dominum, cæterum quia hoc dominium mariti perpetuum non est, sed abiturum ab eo, solutoque matrimonio rediturum ad mulierem, (quippe cui maritus facto divortio, quod apud Romanos frequenter contingebat, dotem restituere cogitur) hujus dissolutionis ac futuræ restitutionis intuitu dotem videri non tam mariti, quam uxoris esse, & adhuc patrimonium uxoris appellari, deque marito considerato eodem eventu Jurisconsultos nonnumquam ita loqui tamquam de non domino, & quasi rei alienæ administratore, præsertim in *titul. solut. matrimon.* Qua ratione etiam defendendum erit, quod Justinianus ait, sola legum subtilitate rei dotalis dominium in maritum transferri, naturaliter autem penes uxorem manere, *dict. leg.* 3. *Cod. de jur. dot.* Loquitur enim etiam de rebus æstimatis, quæ certo constat in patrimonium mariti transire, idque pleno etiam & perpetuo jure, *leg.* 5. *Cod. eod.* Mirum vero non est Justinianum sic loqui, dum scopo suo serviens colorem aliquem quærit constitutioni suæ, qua contra rationem juris uxori pro rebus dotalibus tum æstimatis, quam inæstimatis concedit actionem in rem. Quod tamen cum D. Bachovio de utili in rem accipio, & quæ soluto demum matrimonio uxori detur in subsidium, ubi maritus solvendo non est.

In rebus, quæ Italicæ fuerant) In prædiis igitur provincialibus legi locus non fuerit, sed potuit maritus ea libere alienare. Quod tamen absurdum merito videri potest: & maxime post constitutionem Antonini, qua provinciales omnes civitate donati sunt, *leg. in orbe* 17. *de stat. homin.* Nam etsi prædiorum provincialium summum jus, & dominium Quiritarium penes possessores non erat; proximum tamen pleno dominio jus habebant; quod in quemvis alium transferre poterant, omniaque percipiebant prædiorum emolumenta, uno excepto, quod certum vectigal prædiis impositum quotannis solvere tenebantur. Cur igitur magis in Italia, quam in provinciis mulieribus prospectum, cum idem ubique sit, aut esse debeat, dotium favor? Existimo, non defuisse alia remedia, quibus nuptura sibi in provinciis consulere potuerint. Lepidum vero est, quod Dion. Gothof. *in notis ad Theoph.* scribit, fundum extra Italiam situm per legem Juliam ne volente quidem uxore alienari potuisse. VINN. Immo nec opus fuit prohibere alienationem fundi dotalis provincialis, quippe ab emptore usucapi non poterat, adeoque soluto matrimonio semper poterat vindicari, quod secus se habebat in fundo Italico, *leg.* 17. *ff. de stat. hom.* huc plane non pertinet. Communicato enim cum universo orbe Romano jure civitatis Romanæ, non ideo sublatum est discrimen soli Italici & provincialis, quod Justinianus demum abolevit, *l. unic. de nud. jur. Quirit. toll. unic. Cod. de usuc. transf.* HEIN.

Alienationis inhibebat) Alienatio dicitur omnis actus, per quem dominium transfertur, *leg.* 1. *Cod. de fund. dot.* Itaque non tantum distrahi fundus dotalis prohibetur, sed etiam donari, permutari, in solutum dari, legari: ac ne quidem si miles legaverit, ratum erit legatum propter legem Juliam, *leg. dotalem*, 16. *de test. milit.* Sed & usucapio quoque appellatione alienationis continetur, *leg. alienationis*, 28. *de verb. significat.* & ideo ad hanc quoque speciem lex Julia pertinet, *leg. si fundum*, 16. *de fund. dot.* fac. *lex si ab eo*, 12. *de usucap. lex.* 7. §. *qui sciens*, 5. *pro empt.* (3.) Alienatum autem proprie non videtur, quod adhuc in dominio nostro manet, quamvis venditum recte dicatur, *leg. alienatum*, 67. *de verbor. significat.* Alienandi autem prohibitione eos quoque casu comprehendi intelligimus, quibus jus aliquod in re a dominio separatum transfertur, *leg. ultim. C. de reb. aliq. non alienand.* Quare non servitutem prædio dotali maritus imponere poterit, nec servitutes prædio debitas remittere, vel amittere non utendo, *leg.* 5. *de fund. dot.* Cui consequens est, libertatem servitutis urbano prædio dotali debitæ ex cessione patientiave mariti non competituram, ne per hoc prædii conditio deterior fiat, *leg.* 6. *eod. titul.*

(4.) *Hypothecas earum etiam volente ea*) Lex Julia alienationes prædiorum dotalium prohibuit, quæ invita muliere fiebant, oppignorationem etiam, quæ fiebat ea consentiente, *leg. unic.* §. *cum lex*, 15. *Cod de rei uxor. action.* Hoc ideo, quia facilius mulier adduci po-

potest, ut consentiat obligationi, ubi nullum præsens periculum est, sed spes fore, ut maritus rem luat, quam alienationi consentiat, per quam rei ipsius dominium statim in alium transfertur. Quod igitur facilius mulier concessura erat, arctius lex, immo solum prohibere voluit: ut passim videmus ea sola legibus prohiberi, quæ facile fieri possunt, cum lex ea fieri non vult, non quæ difficulter. Hac ratione Senatusconsulto Vellejano mulieri pro alio se obliganti succursum est, non donanti, nimirum quia, ut inquit Jurisconsultus, facilius se mulier obligat, quam alicui donat, *l. 4. §. 1. ad Senatusconsult. Vellejan.* Eadem ratio fuit legis Fusiæ Caniniæ infinitam manumissionem in testamento prohibentis, non inter vivos, *supr. de. l. Fusc. C.*

Utrique remedium imposuimus) Justinianus legis Juliæ prohibitionem primum porrexit ad prædia provincialia, *dict. leg. unic. §. & cum lex, 15. Cod. de rei uxor act.* quippe quorum nondum eadem causa, quæ Italicorum erat, quod effectum constitutione posteriore, *leg. unic. Cod. de usucap. transfer.* Deinde alienationem eodem modo, quo oppignorationem prohibuit, ut nec illa vel consentiente muliere fieri posset: quod lex Julia permittebat, *d. l. unic. §. cum lex, 15. vers. cum autem* Hæc autem prohibitio in quibusdam casibus cessare creditur, quos collegit Christ. *vol. 3. decis. 133. n. 20. & 28. cum seq.*

Ne sexus muliebris fragilitas) Ratio cur legi Juliæ hactenus derogarit, ut neque alienationem prædii dotalis, quæ cum consensu mulieris fit, valere patiatur, quia scilicet succurrendum putavit facilitati mulierum, quæ vel fragilitate sexus, vel mariti reverentia, aut amore ductæ facile rerum suarum alienationibus consensum accommodant, τὸ γὰρ εἰς ἀπάτην ἀπλούστερον γυναικὸς. Liban. *Declamat.* 35. Pontifices tamen hujusmodi alienationes, si jurato mulier consenserit, firmas manere præcipiunt, *Cod. cum contingat. x. de jurejurand. c. l. cet mulieres, eodem in 6.* (5) Moribus harum regionum marito dominium rerum, quas uxor in matrimonium confert, non quæritur: sed nullis antenuptialibus instrumentis confectis bona omnia utriusque conjugum communia fiunt, ut alibi dictum. Cæterum sive facta sit bonorum communio, sive ea pactionibus exclusa, licet marito pro jure potestatis, quam maximam apud nos in uxorem habet, res ejus alienare, aut obligare, neque in eam rem opus habet uxoris consensu, nisi ea quoque potestas nominatim pactis antenuptialibus restricta sit, aut impetrata bonorum separatio, Neostadt. *de pactis antenuptialibus obs.* 10. Grot. *1. introd. cap. 5.* & alii allegati a Groenevv. *hic, tract. de leg. abrog.* Contra vero mulieres nuptæ res suas obligandi, aut alienandi jus non habent: ac neque ex contractu sine consensu maritorum inito obligantur, nisi quatenus obligatio spectat victum, & cultum familiæ, exceptis palam negotiantibus, quæ institorum jure utuntur, atque in negotiatione, quam exercent, se virosque suos obligandi potestatem habent, Dom. Joann. a Sande *lib. 2. tit. 4. defin. 3. & 4.* Non idcirco tamen minus in intercessionibus beneficio Senatusconsulti utuntur, D. Neostadt *observ. rer. judic.* 18.

TEXTUS.

De Creditore, qui licet non sit dominus, tamen alienare pignus potest.

1. *Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed ne creditoris jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere viderentur, nostra constitutione consultum est, & certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere: cujus tenore utrique parti creditorum, & debitorum satis abundeque provisum est.*

NOTÆ.

1. *Ex pactione*) Idem est, licet pactio nulla interposita, *l. 4. ff. de pign. act.* neutrum autem procedit sine prævia denuntiatione, *leg. 4. Cod. de distr. pign. leg. 10. Cod. de pign.* Sed etsi convenerit, nec liceat vendere, adhuc tamen distrahi potest, modo trina præcesserit denuntiatio, *dict. leg. 4. de pignor. action.*

Qui ab initio pactus) Aut etiam ex intervallo, *dict. leg. 4. ff. de pign. action.* Itaque hic casus non magis huc pertinet, quam cum procurator voluntate domini rem alienat, *§. 42. supr. de rer. div.* Rectius huc referas tutores & curatores.

Nostra constitutione) *l. ult. C. de jur. dom. imp.* ubi nova forma distrahendi pignoris prolixe præscribitur, cui locus sit, cum de vendendo eo nihil nominatim convenit.

COMMENTARIUS.

1 *Unam saltem denunciationem requiri, non tantum cum de pignore distrahendo non convenit, sed etiam cum convenit, ut vendere liceat.*
2 *Quid si dies solutioni adjecta, & solutio sua die facta non fuerit?*
3 *Formam vendendi pignoris a Justiniano præscriptam vix ullibi locorum observari.*

HIC ex diverso ostenditur, etiam eum aliquando, qui dominus non est, alienandæ rei potestatem habere, exemplo creditoris pignoratitii. Magis autem huc pertinent tutores & curatores, quibus res pupillorum suorum & adultorum alienandi potestas non a domino, sed jure tributa est, *l. bonæ fidei 109. de verb. signif.* quamvis his non quævis permissa alienatio, nec omnium rerum absque decreto. De quo vid. *l. 9. §. sicut 5. l. 12. §. 1. l. tut. 22. l. L. 46. §. ult. de de adm. tut. l. non omnis 16. l. lex quæ 22. Cod. eod. l. 1. & pass. de reb. eor. qui sub. tut.*

(1) *Ex pactione*) Pertinet igitur hic locus ad alienationem pignoris conventionalis. Ait, *ex pactione,* Quid ergo si de distrahendo pignore nihil convenerit? Adhuc eo jure utimur, ut distrahere liceat, *l. 4. de pign. action.* Quin hoc ipsi naturæ pignoris inest. Atque hic casus potius ponendus fuerat, quam cum pignus alienatur ex conventione atque expressa voluntate debitoris, per ea, quæ statim sequuntur: Immo tantum abest, ut pactio ad alienationem pignoris necessaria sit, ut etiam nominatim contra convenerit, ne liceret pignus vendere, adhuc tamen liceat, si modo ter (per justa intervalla, quod judex arbitrabitur, Neguf. *de pign. 1. mebr. 6. part. principal. num. 4.* Schneid. *hic num. 3.*) prius debitori denuntiatum fuerit, ut solvat, & cessaverit, *d. l. 4. pig. act.* alioqui si numquam liceret vendere, creditori pignus esset inutile, ut adeo tale pactum sit contra naturam pignoris. Enimvero nec illo casu, quo nihil de distrahendo pignore actum est, absque præcedente denun-

nunciatione pignus vendi posset, sed una tantum denunciatio sufficere putatur, *argum. dict. leg. 4. de pignor. act. l. 3. Cod. de jur. dom. imp. l. 4. Cod. de distr. pignor. l. debitoribus* 18. *Cod. de adm. tutel.* quamvis etiam hoc casu tres desiderare videatur Paulus 2. *sentent.* 13. Hoc amplius putarem cum Castrens. ad *dict. leg.* 4. Neguf. 1. *membr.* 6. *part. princ. num.* 1. Scheneid. *num.* 5. contra *Gloss.* Salic. *in leg.* 1. *Cod. de distr. pign.* Wes. *hic*, etiam tunc unam saltem denuntiationem requiri, cum expresse convenit, ut pignus vendere liceat, cum nec ante debitor constituatur in mora. Estque in eam rem textus apertus in *dict. leg.* 3. §. 1. *Cod. de jur. dom. imp.* & jure quoque veteri sic obtinuisse liquet ex *l. debitores* 10. *Cod. de pignor.* & *dict. leg.* 4. *Cod. de distr. pignor.* Sed illud interest, quod ubi de distrahendo pignore convenit, biennium post denuntiationem non expectatur, uti si in duabus speciebus reliquis ex constitutione Justin. *d. leg.* 3. §. 1. *Cod. de jur. dom. imp.* Schn. *hic n.* 3. Sed quid dicendum de iis casibus, quibus mora contrahitur citra ullam interpellationem, puta si dies solutioni adjecta sit, & sua die solutio facta non fuerit? Hic enim adventu solius diei debitor in mora constituitur secundum communem sententiam, per *leg. magnam* 12. *Cod. de contr. stip.* Neguf. *dict. loc.* & Scheneid. *hic n.* 1. putant, hoc casu nulla opus esse denuntiatione, sufficereque ad licentiam vendendi pignoris nudam debitoris moram. Cui sententia patrocinari videtur *l.* 8. §. 3. *de pign. dict.* Sed humanius est ut dicamus, etiam hoc casu denunciationem præcedere debere. Non enim protinus sequitur, ut ad debitorem constituendum in mora nihil aliud desideretur, quam ut dies venerit; ergo hoc etiam sufficit ad jus distrahendi pignoris. Quippe pignoris obligatio diversa est a principali: nec si ob moram debentur usuræ, & rei debitæ periculum in debitorem transfertur, ideo statim etiam nulla præcedente denuntiatione licebit vendere pignus in gravissimum præjudicium debitoris. Nec obstat, *dict. lex* 8. §. *de pign. act.* loquitur enim de jure vendendi pignoris, quod ex conventione competit ob non solutam sua die pecuniam. Quo tamen & ipso casu non solum humanius, sed etiam tutius facturus creditor, si futuram venditionem denuntiet debitori, ut se fraudis suspicione liberet, nec dolo malo in ea venditione versatus quandoque dici possit, *l.* 7. *Cod. de distr. pign. l.* 1. *Cod. si vend. pign. agat.* Bald. *in leg.* 4. *Cod. de distr. pign.* Cast. *in leg.* 4. *de pign. act.* Anton. Fab. *Cod. suo de distr. pign. defin.* 13. add. Joann. a Sande *rer. jur. lib.* 3. *tit.* 1. *def.* 10. Quid quod hoc ipsum, quod DD. pro certa juris regula ponunt, solo diei lapsu citra aliam appellationem debitorem constitui in mora, non usque adeo certum est & sunt, qui falsum existiment? Ferret. *tract. de mora*, Charond. 3. *verosi.* 10. Bachov. *in Treutl. disp. pe usur. h.* 7. Quamquam horum argumentis solide mihi respondisse videtur Dom. Guiliel. Masius *sing. opin. lib.* 2. *cap.* 4.

Quamvis ejus ea res non sit) Pignus in bonis debitoris manet, *l. pignus* 9. *Cod. de pignor. act.* non enim hoc contractu pignoris agitur, ut res alienetur, sed ut obligetur creditori in securitatem crediti.

Qui pactus est, ut liceret) Hic igitur casus non magis huc pertinet, quam si procurator, cui id dominus specialiter mandavit, rem alteri vendiderit & tradiderit. Nihil enim interest, utrum ipse dominus rem alteri tradat dominii transferendi causa, an voluntate ejus, §. *nihil*, 42. *sup. de rer. div.*

(3) *Nostra constitutione consultum*) Olim jus vendendi pignoris liberius fuit, quod Justinianus ita coercuit, ut nec creditores putaverit habere, quod conquerantur, & debitoribus justum spatium esse ad expediendam solutionem. Summa constitutionis Justinianeæ, quæ est, *l. ultim. Cod. de jur. dom. imp.* huc redit, ut si vendendo pignore nihil convenerit (alioqui forma conventione præscripta in distractione servanda est) jus sit creditori altero demum post denuntiationem anno id vendere. Si emptor non extet, debitorem ut moneat, ut intra certum tempus pignus luat, aut non apparenti tempus, quo id facere possit, per judicem præscribat. Hoc autem frustra tentato, ut possit creditor a Principe petere facultatem pro domino possidendi: quia tamen impetrata, adhuc biennium debitori detur, ut interim debitum cum eo, quanti creditoris interest, quæsita pecunia persolvere, & pignus luere possit: eo vero tempore sine solutione transacto, creditori justus pignoris dominus efficiatur. Sed hæc forma vendendi pignoris vix ullibi locorum nunc observatur, vid. Barr. *d. l.* 4. *de pign. act.* & *dict. leg. ult. C. de jur. dom. imp.* Schneid *hic num.* 6. Baron. *comment. part.* 2. Christ. *vol.* 4. *decis.* 172. *num.* 3. & ibi citat. Antiqua ratio planior & simplicior hæc fuit, ut annua pignoris proscriptione creditor ejus dominus efficeretur, si debitor id non lueret. Moribus nostris vix convenit, ut creditor privata auctoritate pignus distrahat, sed distractio addictione fieri solet auctoritate Magistratus, uti jure Roman. in iis pignoribus, quæ in causa judicati capiuntur, *l.* 2. *Codice si in caus. jud. pign. c.* in quibus quid juris sit, quid item in pignore prætorio, disce ex *leg. Divus* 15. §. 2. & *seqq. de re judic. l. cum proponas* 9. *Cod. de bon. auct. judic. possid. cap. quoad consultationem*, *de sent. & re judic.* Dyn. *in leg. si finita* 15 §. *Julianus* 16. *de damn. infr.* Negus. *d. eod. num.* 7. & *seqq.* Christin. *vol.* 4. *decis.* 65. vid. Merul. *lib.* 4. *tit.* 100. *cap.* 1. *num.* 10. Neostad. *decis.* 90. *sup. cur.* Finis venditi pignoris est, ut ex pretio inde redacto creditori satisfiat: quod ultra consecutus est, id restituere debet, teneturque eo nomine actione pignoratitia: sicut vice versa in id, quod deest, creditori actio competit adversus debitorem vel fidejussorem ejus, *l.* 6. *de pign. act. l.* 9. §. 1. *de distr. pign. l.* 3. *Cod. eod.* Illud postremo sciendum est, si creditor ipse pignus non possideat, sed debitor vel alius, actione hypothecaria prius rem vincendam, ac tum distrahendam esse. VVesemb. *parat. de distr. pign. num.* 1. & 10.

T E X T U S.

De pupillo, qui licet dominus, non tamen sine tutoris auctoritate alienare potest.

2. *Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam, ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideoque si mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem: quia pecuniam non facit accipientis: ideoque vindicari nummi possunt, sicubi extant. Sed si nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo qui accepit, bona fide consumpti sunt, condici possunt; si mala fide, ad exhibendum de his agi potest.*

N O T Æ.

2. *Ideoque si mutuam pecun.*) A remotione generis ad remotionem speciei. Nam & mutui datio alienatio est,

eſt, *l. 2. §. 2. l. 16. l. pen. ff. de rebus cred. d. l. 9. princ. de auct. tut.* & in nativo ſuo ſignificatu, *l. 1. C. de fund. dot.* Ita Interpp. omnes & noviſſime Fabrot. & Grot. *in ſparſ. flor.*

Bona fide conſumpti) Conſumptio bona fide factæ conciliat mutuum & condictionem parit, *l. 19. §. 1. ff. de reb. credit.* Valetque hoc etiam in nummis alienis mutuo datis, *l. 11. §. ult. cum 2. leg. ſeqq. eodem.*

Si malæ fide, ad exhibend.) Nam qui dolo malo conſumpſit, pro eo eſt, ac ſi non conſumpſiſſet. Dolus enim pro poſſeſſione eſt, *l. 131. 150. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1. *Corpora, quæ mutuo dantur, alienari. De quo cum D. Salmaſio ſermo.*
2. *Nummi quando conſumpti intelligantur?*
3. *Mutuum non confirmari conſumptione nummorum facta mala fide.*
4. *Cur in caſu conſumptionis malæ fidei tantum actionis ad exhibendum hic mentio fiat, emendato errore Cujacii.*

REdit ad eos, qui, cum domini ſint, alienare non poſſunt. Meminit porro, unius pupilli, ſed ſunt in hoc numero plures: nam & puberes minores curatorem habentes huc pertinent, *l. 3. Cod. de reſt. in int. l. lex quæ 22. Cod. de adm. tut.* item is, cui bonis interdictum eſt, qui, cum de eo obligando, aut alienando diminuendove ejus patrimonio agitur, in eadem cauſa cum furioſo habetur, *l. 6. de verb. oblig. l. 12. in fin. de tut. dat.* cum etiam cæteri, qui ob vitium morbumve corporis in curatione ſunt, rerumque ſuarum adminiſtrationem non habent, de quibus *in §. 4. ſup. de curat. l. 8. §. 3. dict. leg. 12. in princ. de tut. & cur. dat.* Filius quoque familiæ non poteſt alienare bona adventitia, quorum uſumfructum pater habet, *l. ult. §. ipſum 5. verſ. Filius Cod. de bon. quæ lib.* Interdum cauſa, ex qua res traditur, alienationem impedit, ut donatio inter virum & uxorem, *Pand. & Cod. eod. tit.*

Sine tutoris auctoritate alienare) Alienatio a pupillo facta ſine tutoris auctoritate ipſo jure nulla eſt; quippe cum nec obligare ſe pupillus ſine tutoris auctoritate poſſit, *l. 9. & paſſim de auctor. tut. l. 11. de acq. rer. dom.* Cæterum auctore tutore, & obligari poteſt, modo infantiam exceſſerit, & res ſuas recte alienat *d. l. 9. l. 5. de reg. jur. §. pupillus 9. inf. de inut. ſtip.* Res intellige, quarum alienatio ſine decreto non eſt interdicta. Nam prædia pupillorum olim ruſtica, poſtea omnia, & res etiam mobiles, quæ ſine detrimento ſervari poſſunt, abſque decreto Magiſtratus alienari prohibita, *l. 1. & tot. tit. de reb. eor. qui ſub tut. & tit. C. de præd. & al. reb. min. ſine dec. non al. d. l. lex quæ 22. C. de adm. tut.*

Ideoque ſi mutuam pecuniam, &c. non contrahit obligationem) A genere ad ſpeciem. Pupillus nullam rem ſine tutoris auctoritate alienare poteſt: ergo nec mutuam pecuniam dando eam facit accipientis: quo fit, ut nec mutui obligatio contrahatur, nec condictio pupillo competat: ſiquidem mutui obligatio, niſi nummi accipientis fiant, non naſcitur, *l. 2. §. 2. de reb. cred.* Supponit igitur Imperator id quod mutuo datur, alienari, ſeu mutui dationem eſſe ſpeciem alienationis. Quod & alibi conſtanter traditum eſt, *leg. 9. princ. de auct. tut. l. 16. l. penult. de reb. cred.* nec minus perſpicuum, quam verum: quippe cum omnis actus, per quem dominium transfertur, vere & proprie ſit alienatio, *l. 1. Cod. de fund. dot.* & ſine alienatione fieri non poſſit, ut dominium rei ab uno abeat, & per traditionem transferatur in alium. Conſtat autem, corpora ipſa, quæ mutuo dantur, deſinere eſſe dantis, & fieri accipientis, ceu aliena, ita ut vindicari, aut ab eo avocari nequeant, *l. 35. §. 1. de donat.* Nec vero ideo minus alienantur, quia accipiens obligatur ad rem ejuſdem generis reſtituendam, puta frumentum pro frumento, vinum pro vino. Quid enim refert ad alienationem ejus, quod datum eſt, utrum mihi, verbi cauſa, frumentum ea lege datum ſit, ut pro eo vinum aut oleum viciſſim dem, uti fit in permutatione: aut frumentum ita datum, ut pro eo reddam aliud frumentum, ut ſit in mutuo? Eſt igitur mutui datio alienatio in nativo ſuo ſignificatu: & ita Interpretes omnes, ac noviſſime Fabrot. *ad Theop.* & Grot. *in ſpar. flor.* (1) De quo cum ſermonem haberem cum ſummo atque incomparabili viro Dom. Claud. Salmaſio, hactenus quidem mihi aſſenſus eſt ut fateretur, corpus rei, quæ datur in mutuo, alienari: ſed negabat, ex eo effici, mutuum alienationem eſſe niſi forte materialiter. Proprie autem & formaliter mutuum non poſſe dici alienationem, propterea quod in eo nulla contingeret alienatio datæ quantitatis, ſive ſortis quæ diverſum quid eſſet a data ſpecie apud debitorem pereunte, & in qua proprie ſubſtantia mutui conſiſteret, uti recte docuiſſet Carol. Mol. *tract. de uſur.* Et ſimul interventu aliorum ſermo noſter interruptus eſt. Poteſt autem admitti Dom. Salmaſii ſententia, ſi appellatione mei & tui etiam obligationem & actionem comprehendas, ut fit interdum, *l. 1. quid cert. loc. leg. repetitio 44. de cond. ind. l. 6. §. apud Labeonem 6. quæ in fraud. cred. l. 91. de verb. ſignific.* Proprie tamen loquendo nec ipſa ſors noſtra manet: nec enim quod nobis debetur, quod eſt in credito, proprie noſtrum eſt, *l. 27. §. 2. l. 34. princ. de aur. arg. mund. leg.* Boet. *in Top. l. 2. pecunia in nominibus debita non eſt noſtra, ſed debitorum.* Et ita *in leg. 1. de lib. leg.* Et ideo creditori non vindicatio ſortis, ſed tantum condictio datur, qua intendat, verbi cauſa, centum ſibi dari oportere, nemo autem rem ſuam condicit, aut ſibi dari oportere intendit, *§. 14. inf. de act. l. ult. in fin. uſufr. quem cav.* Non male igitur mutuum a Cuj. definitur, alienatio pecuniæ ſub lege reddendæ quantitatis ejuſdem, *parat. C. ſi certa pet.*

Vindicari nummi poſſunt, ſic ubi extant) Similis locus eſt *in l. 11. §. ult. de reb. cred.* At, inquies, de pupillo reſponſum eſt, eum niſi præſente tutore ne poſſeſſionem quidem, quæ naturalis eſt, alienare poſſe, *d. l. 11. de acq. rer. dom.* rationi autem juris non convenire, ut poſſidenti detur vindicatio adverſus eum, qui nec natura poſſidet. Reſp. ut vindicationi locus ſit, ſatis eſſe rem ab alio quovis modo detineri & reſtitui poſſe, *l. 9. de rei vind.* adeoque pupillum, etſi animo deſinere poſſidere non poteſt, corpore tamen poſſe, atque in alium poſſeſſionem, quatenus facti eſt, ſine tutoris auctoritate transferre, *l. poſſeſ. 29. de acq. poſſ.*

Bona fide conſumpti) Non eſt mirum, nullos apud auctores plures & craſſiores errores reperiri, quam apud ſcriptores notarum: quippe quibus temporis non eſt vanno aut cribro utendi. Dion. Gothofredus ad *leg. 9. §. 2. de auctorit. tut.* ſcribit: pecuniam in propoſito intelligi conſumptam, cum is qui accepit eam, alteri reddidit, aut in ſolutum dedit: utiturque argumento *leg. non omnis 19. §. 1. de reb. cred.* quo tamen,

loco

loco ipsum aperte negatur, & recte: Nam datio in solutum, aut creditum non facit, quominus pecunia adhuc extet, & certo appareat. Quamdiu autem extat & certo apparet, non potest dici consumpta, & apud quemcumque, aut ubicumque extat, in eadem causa & ejusdem manet, & a domino vindicari potest, ut proxime Imper. dixit (2) Quando igitur consumi intelligitur? Nimirum cum quis ea sic utitur, ut eo facto corpora ipsa nummorum, quæ data sunt, non appareant. Id vero contingit primum corporibus sublatis, veluti si quis ex accepta pecunia vas aliquod conflaverit, quo facto pecunia extinguitur. Neque obstat distinctio, §. *cum ex aliena* 25. *sup. de rer. divis.* Nam vas ex nummis aureis vel argenteis conflatum ad rude quidem aurum vel argentum reduci potest; ad priorem speciem sive monetam non potest. Plane possunt auctoritate Principis nummi ejusdem potestatis & eadem figura inde cudi, sed nova hæc moneta, & species est, non illa, quæ prius fuerat. Deinde etiam corporibus nummorum integris manentibus, veluti si quis nummos acceptos ita aliis miscuerit, ut discerni non possint, nam etiam ea re eum qui accepit, dominum fieri placet, *l. si alieni* 78. *de sol.* Don. *ad l. rogasti* 11. §. *ult. d. tit. n.* 9. Ait, *bona fide*. Quod ergo *in d. l. non omnis* 16. §. 1. *de reb. cred.* & si qui sunt alii loci similes, dicitur simpliciter, si pupillus sine tutoris auctoritate credendi causa pecuniam dederit, consumpta ea nasci condictionem, id *ex hoc loco junct. d. l. rogasti* 11. §. *ult. a tit. l.* 9. §. 2. *de auct. tut.* sic interpretandum erit, si bona fide ab accipiente consumpta sit, ignorante scilicet, pupillum esse, qui credidit. Efficitque hoc etiam ratio juris, quia quæ dolo malo consumpta sunt, non alio loco jure habentur, quam si adhuc extarent, nec consumpta essent, *l. qui dolo* 131. *l. parem* 150. *de reg. jur.* (3) ac proinde cum malæ fidei consumpto consummentem dominum non faciat, nec mutuum ea consumptionem confirmabitur, Donell. *d. loc. loc. n.* 7. Quod vero Dom. Bachovius putat non obstare malam fidem, quominus consumptione dominium quæratur, & tamen bona fide tantum facta consumptione, mutuum, quod ab initio non consistebat propter inutilem numerationem, convalescere; id mihi plane ἀσύστατον videtur. Et sententia Bachovii, quod per consumptionem & similes acquirendi modos dominium acquiratur, citra considerationem bonæ aut malæ fidei, etiam extra causam accessionis, supra a me refutata est *sub* §. *cum ex aliena* 25. *de rer. divis.*

Condici possunt) Quod valet in nummis alienis mutuo datis, ut iis bona fide consumptis, ei qui dedit, condictio detur tamquam ex mutuo, *l.* 11. §. *ult. cum* 2. *legg. seqq. de reb. cred.* id valet & in ea pecunia, quæ dantis fuit, si iis rei suæ alienandæ facultatem non habuit, qualis est pupillus. Quapropter si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit, consumptis nummis & illi condictio nascitur, *l. non omnis* 19. §. 1. *de reb. cred.* & omnino quæ translatæ ab initio pecuniæ vis est, eamdem esse, placet & bona fide consumptæ, quasi translatæ: unde recte dicitur, quod ab initio non valebat ex numeratione, confirmari pecuniæ consumptione bona fide facta. DD. *in d. l.* 11. §. *ult.* & *d.* 19. §. 1.

Si mala fide, ad exhibendum) Puto tamen & condictionem in proposito dari, non quidem quasi ex mutuo, quia consumptio mala fide facta dominium non facit, ut paulo ante probavimus: sed condictionem sine causa, utpote quam constat etiam adversus prædonem fructuum consumptorum nomine dari, *l.* 3. *Cod. de cond. ex leg. l.* 4. *C. de crimen exp. hæred.* Ait, *ad exhibendum*. (4) Immo & in rem, inquit Cujacius: quoniam mala fides pro possessione est. Sed, inquit, in rem utilis est, ad exhibendum directa: quare commodius agi ad exhibendum quam in rem. Quod falsum est & inconsiderate a Cujacio prolatum. Non enim magis fieri potest, ut contra eum, qui possidere desiit, detur directa ad exhibendum actio, quam directa in rem: cum ille non magis exhibendi, quam restituendi facultatem habebat. Sed ut contra possidentem rem mobilem utraque directa est, ita contra eum, qui dolo malo desiit possidere, utraque utilis: Nam quod dolus pro possessione est, id non ex vero, sed ex interpretatione est & fictione juris, quæ utili tantum actioni locum facit. Cur igitur actionis ad exhibendum meminit dumtaxat? Quia utili judicio ad exhibendum semper consequitur actor id totum, quod sua interest, §. 3. *inf. de offic. jud.* vel permittitur rei petitæ æstimatio ipsius jurejurando, ut fit in eadem actione directa, si possessor per contumaciam rem non exhibeat: quo casu per jusjurandum in litem petitoris possessorem damnari certum est. *l.* 3. §. 2. *ad exhib.* Cum igitur præparatorio judicio illud ipsum consequatur actor, quod rem vindicando consecuturus esset, nihil superest, quod alia actione persequatur. Ita in simili Jurisconsultus, *d. l.* 11. §. *ult. de reb. cred. Vindicari nummi possunt, si extant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi*: Cujus loci lectionem frustra Donellus conatur emendare.

T E X T U S.

3. *At ex contrario omnes res pupillo & pupillæ sine tutoris auctoritate recte dari possunt. Ideoque si debitor pupillo solvat, necessaria est debitori tutoris auctoritas: alioqui non liberabitur. Sed hoc etiam evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Cæsarienses advocatos ex suggestione Triboniani, viri eminentissimi, Quæstoris sacri palatii nostri, promulgavimus, qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius judicialis sententia sine omni damno celebrata hoc permittat. Quo subsecuto, si & judex pronuntiaverit, & debitor solverit, sequatur hujusmodi solutionem plenissima securitas. Sin autem aliter, quam disposuimus, solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habet pupillus, aut ex ea locupletior sit, & adhuc eamdem pecuniæ summam petat, per exceptionem doli mali poterit submoveri. Quod si male consumpserit, aut furto aut vi amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus condemnabitur: quia temere sine tutoris auctoritate, & non secundum nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso pupilli vel pupillæ solvere sine tutoris auctoritate non possunt, quia id, quod solvunt non fit accipientis: tum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa sit.*

N O T Æ.

3. *Plenissima securitas*) Ita ut nec in integrum restitutioni sit locus: quod beneficium sola tutoris aut curatoris interveniens auctoritas non excludit, *tit. si tut. vel cur. int.*

Salvam habeat, aut locupletior) *l.* 15. *l.* 47. *l.* 64. *ff. de solut. leg.* 4. *de dol. exc. leg.* 14. *ff. de cond. l.* 57. *de reg. jur.*

Non debet pupillus occasionem juris ad iniquum trahere cum detrimento alieno compendium, *l. pen. in fin. de reb. cor. qui sub tut.* Quando locupletior factus intelligatur, & quo tempore id inspiciatur, disce ex *l. 4. ff. de except. d. l. 47. pr. & 5. de solut.* §.

Male consumpserit. Th. ἀσώτως ἐδαπάνησε, per luxum prodegerit.

Aut vi) Deest in vet. lib. Cujac. Hotom. nec Th. habet.

Nullius rei alienatio) Argumento a genere ad speciem quæ valida εἰς ἀπαλλαγήν, Nota, & solutionem esse speciem alienationis, *d. l. 9. §. 2. De auct. tut. l. pen. ff. de reb. cred.*

COMMENTARIUS.

1. *Debitorem pupillo sine tutoris auctoritate solventem non liberari, licet dominium rei solutæ transferat.*
2. *Pupillo in quem solutio collata, recte scivit etiam sine tutoris auctoritate.*
3. *Quis sit sensus verborum hujus* §. ita licere tutori vel curatori. &c.
4. *Adversus solutionem factam ex præscripto Justiniani pupillum aut adultum beneficio ætatis non restitui.*
5. *Quid si nummos sine tutore aut judice sibi solutos salvos habeat pupillus?*
6. *Cujus periculo sit pecunia, quam pupillus sine tutoris auctoritate credidit, aut in solutum dedit?*

(1) S*Ine tutoris auctoritate dari)* Pupillus quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate *l. 11. de acq. rer dom.* semper enim conditionem suam meliorem facere potest, *sup. de auct. tut. in princ.*

Ideoque si debitor) Hotom. & Wesemb. pro *ideoque*, legendum censent, *quamquam*. Quia nulla hic conclusio ex præcedente propositione, sed diversæ causæ propositio, præcedentis regulæ exceptio; nisi hoc in præcedentibus dicamus subintelligi oportere, ut scilicet quidvis pupillo recte detur sine tutoris auctoritate, cæterum hactenus, ut ex eo pupillus ipse neque obligari, neque obligationem alienare aut tollere possit. Alii hic illationem fieri ajunt non ex proxima, sed ex superiore sententia *præc. in pr.* ubi traditum, pupillum nullam rem sine tutore alienare posse; huic enim esset consequens, ut nec sine tutoris auctoritate pupillo recte solvatur. Quippe admissa solutione debitorem liberari, pupillumque obligationem & actionem, quam habebat, alienare aut perimere, *l. pupillo 15. de solut.* Quod ut speciosius dicatur, ex duobus hisce §§. unum faciunt. VINN. Forsan scriptum fuerat; *Alioqui si debitor pupillo solvat*: idque librarii vel qui emendationis curam in se susceperant, mutarunt in *ideoque*, quia *alioqui* paullo post videbant repeti. Sed pergamus. HEIN.

(2) *Si non solverit auctoritate tutoris, non liberabitur)* Licet dominium rei solutæ transferat. Nam quemadmodum qui cum pupillo contrahit, pupillo obligatur, quamvis pupillum sibi non obliget, *sup. de auct. tut. in pr. l. Julianus 13. §. quis 29. de act. empt.* ita qui cum pupillo obligationem vult distrahere solvendo, licet ea solutione dominium in pupillum transferat: sed tamen a pupillo, qui per se neque contrahere, neque distrahere obligationem potest, non liberat, *dict. leg. 5. de solut. l. 5. de reg. jur.* Debet itaque debitor, si liberari velit, pupillo solvere cum auctoritate tutoris, vel ipsi tutori: nam & hoc casu æque liberatio ipsi jure contingit, *l. Lucius 46. tutelæ. l. 5. de adm. tut.* Pupillum autem intelligimus creditorem: nam si pupillus solutionis causa tantum adjectus sit, hoc est solutio sive jus solvendi in eum collatum, puta si quis stipulatus sit tibi, aut Titio pupillo dari, promissor & sine tutoris auctoritate solvendo pupillo liberabitur, *l. si stipulatur 11. ne solut.* scilicet quia ex hujusmodi stipulatione nullum jus obligationis pupillo quæritur. Et solutio sic accipiatur, quasi ipsi creditori solutum esset, quia ita sibi solvi voluit, *l. si ita stipulatus 50. d. tit.* de quo ex professo infra *§. si quis aliis 5. de inut. stip.*

In constitutione, quam ad Cæsarienses advocatos) Missa est hæc constitutio ad Joannem Præfectum Prætorio: intelligit enim *leg. sancimus 25. Cod. de admin. tut.* quod ipsa verba istius constitutionis, quæ huc translata sunt, ostendunt. Promulgata tamen hic dicitur ad Cæsarienses advocatos, nimirum quia ad interrogata & consultationem emissa est, ut arguunt multæ eorum & consultationem emissa est, ut arguunt multæ aliæ constitutiones, *leg. ult. C. de pact. leg. si major. 11. Cod. de legit. hæred. leg. si fidejussor. 27. Cod. de fidejuss. leg. optimam 14. C. de cont. stipul.* junct. *§. item verborum 12. infr. de inut. stip.* quæ omnes adversus consultationes & quæstiones a Cæsariensi advocatione propositas scriptæ, & ad eumdem Joannem Præf. Præt. missæ sunt; quippe cujus auditorio advocati Cæsarienses militabant. Intelligi autem advocatos, qui erant in urbe Cæsarea, non illa Cappadociæ, ut Balduinus, Cujac. & Fabrot. existimant, sed Palestinæ, perspicuum est ex *dict. l. fidejuss. 27. C. de fidejuss.* ubi eadem advocatio, quæ passim Cæsariensis, Palestina appellatur.

(3) *Ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere)* Locutio implicata, quæ sic constituenda & ordinanda est: *Ita licere* (id est, *permitti, jus esse*) *debitorem solvere tutori vel curatori*, &c. *Solvere*, id est, *numerare quod debetur*. Theophilus προϊέσθαι τὴν καταβολήν Anton. Fab. 13. *conject. 13. & jurisp. 12. pr. l. 7. illat. 43.* huic orationi alium sensum affingit, quasi ita scriptum esset; *ita licere tutori vel curatori debitorem pupilli, vel adulti absolvere & liberare* (qui scil. antea pupillo, aut adulto solvit sine tutoris aut curatoris auctoritate, vel cum adhuc tutorem aut curatorem non haberent *si prius judicialis sententia*, &c. Sed præterquam quod hæc locutio non facile est obvia, *solvere debitorem* non liberare obligatione; quamquam unus & alter locus occurrit, in quo debitor solutus pro liberato dicitur, *l. decem 216. de verb. obl. si ex pluribus 16. de accept.* (4) pugnat illa Fabri expositio manifeste & cum sententia & cum verbis Justiniani, quæ ille mire torquet, ne videantur obstare iis, quæ ex cerebro suo comminiscitur contra veram & receptam sententiam, quæ hæc est: Quamvis ipsi tutori ejusve auctoritate pupillo facta sit solutio, eaque solutione debitor ipso jure liberetur; nihilominus tamen pecunia male consumpta maleve collocata, patere pupillo, si tutor solvendo non sit, restitutionem in integrum, nisi sententia judicis intervenerit, *l. 1. C. si adv. sol. 2. Cod. si tut. vel cur. int.* Vid. Gomez. *2. resol. 14. n. 2.* Maur. *de rest. cap. 176. & seq.* Brisson. *lib. 1. de sol. sect. 4.*

Si prius judicialis sententia) Excipiuntur reditus annui & cæterarum rerum pensiones, quæ minoribus tutore aut curatore auctore, aut ipsi tutori curatorive etiam sine judice tuto solvuntur, *d. l. sancimus 17. eod. de admin. tut.* Siquidem & molestum esse, quotannis adire judicem, & incommodum minori, diu differri solu-

solutionem ejus rei, unde fere ali solet. Quod autem & ipsum sic postea Justinianus temperavit, si non excederent metas bienni aut summam centum solidorum, *leg. constitutionem 27. Cod. dict. tit.*

Sine omni damno) Id est, ut Theophilus interpretatur, *δίχα πάσης δαπάνης*, sine ullo scilicet sumptu aut impensis in judicum, scribarum, viatorumve mercedes. Nam iniquum esset, debitorem sumptu onerari ex persona creditoris.

Sequitur hujusmodi solutionem plenissima securitas) Ita ut nec adversus solutionem decernente judice factam beneficio ætatis in integrum restitui postulans audiatur. Cui non obstat quod placet, minorem etiam restitui contra factam ex decreto judicis venditionem, *l. 11. Cod. de præd. min.* Nam debitor ex necessitate solvere tenetur; emptor potest non emere. Jure veteri quoque hoc obtinuit, ut solutio decernente ac statuente judice facta a debitore minoris plenissimam liberationis securitatem pareret: & procedebat hoc ita, etiamsi minori curatorem non habenti decernente judice solutum esset, *l. 7. §. 2. de minor.* Cæterum liberatio nihilominus ipso jure contingebat, si tutori vel curatori solutio facta esset, quantumvis sine judice: solum hic supererat adhuc metus aliquis restitutionis in integrum, si forte pecunia male collocata, & tutor vel curator solvendo non esset. Post constitutionem autem Justiniani dicendum videtur, solutionem sine judice factam, aut ad liberationnem ipso jure non prodesse, licet tutor vel curator intervenerit, aut si adhuc debitores ita liberari placet, minus quam olim hoc casu securos esse: quippe olim prius tutores & curatores actione ordinaria conveniendos fuisse, & demum si illi solvendo non essent, patuisse minoribus remedium extraordinarium. Hodie vero esse, quod de se querantur debitores, quod non solverint secundum præscriptum constitutionis Justinianæ.

Pecuniam autem salvam habeat) Etsi solutione sine tutore judiceve facta eamdem pecuniam petere adhuc pupillus potest, aut ipso jure, aut per restitutionem in integrum; (5) si tamen nummi salvi sint, eosque penes se domi pupillus habeat, iterum petentem eum doli mali exceptione debitor removebit, quod iniquum contra bonam fidem lucrum captet, *leg. pupillo 15. de solut. l. bona fides 57. de reg. jur. l. penult. §. 1. de reb. eor. qui sub tut.* Eodemque modo consumptis nummis, si ex his locupletior factus iterum petat, exceptione repelletur, ne ditetur cum alieno detrimento contra quam natura æquum est, *l. 4. §. si quis 4. de dol. mal. exc. l. in pupillo 47. de solut. l. nam hoc 14. de cond. ind.* Qua de causa ex omnibus eum negotiis eatenus teneri receptum est; quatenus patrimonium ejus auctum sit: ut nihil mirum, si solutione locupletatus iterum petens exceptione summoveatur, cum etiam ultro adversus eum factum locupletiorem ex contractu negotiove gesto actio competat, *l. 3. §. pupillus l. 6. in pr. de negot. gest. leg. 5. in pr. & §. 1. de auct. tut. l. naturaliter 13. §. 1. de cond. ind.*

Aut ex ea locupletior) Locupletior factus intelligitur, si ex pecunia soluta rem aliquam sibi comparavit, quam etiam nunc habet, *l. 4. de except.* aut si ea quovis modo in rem ejus versa sit, *l. pupilli 66. de solut.* Hoc amplius & si rem sibi necessariam ex nummis solutis pupillus emit, quam alioqui de suo empturus fuerat, licet ea ante litem contestatam perierit, quasi locupletior factus intelligitur; quia tantundem de suo perditurus erat, etiamsi nummos solutos non accepisset, *leg. in pupillo 47. §. 1. de solut.* Utrum autem pupillus locupletior factus sit, necne, in hujusmodi quæstionibus eo tempore spectatur, quo agitur, seu tempore litis contestatæ, *d. l. in pupillo 47. §. 1. l. 4. de except. l. litis 37. de neg. gest.*

Quod si male consumpserit) Si pupillus, cui sine tutore aut judice solutum est, pecuniam salvam non habet, neve ex ea locupletior factus sit, sed male, prodige, *ἀσώτως* eam consumpserit, non juvabit debitorem doli mali exceptio, sed iterum eamdem summam solvere cogitur. Plane si pupillus partem adhuc salvam habeat, aut pars in rem ejus versa sit, hactenus proderit debitori doli mali exceptio, ne ultra condemnetur, quam pupillo abest. Ex his autem quæ disputata sunt intelligimus, quid sibi velit Accursius, qui in *l. 7. §. 2. de minoribus*, scribit, debitorem pupillarem solventem triplicem posse consequi liberationem, aut securitatem; plenam, pleniorem, & plenissimam. Plenam, si pupillo sine tutoris aut judicis auctoritate solverit, & pecuniam pupillo iterum petenti salva sit, inve rem ejus versa, ut *hic & supra dd. leg.* in quo effectum rei spectavit: nam vi ipsa debitor esse desinit, qui exceptionem perpetuam sibi quæsivit, *l. 10. l. creditor 55. l. debitor 108. de verb. signif.* Pleniorem, si solverit tutori ejusve auctoritate pupillo, non interveniente judicis sententia: quo casu quidem liberatio ipso jure procedat, ita tamen, ut relinquatur adhuc metus aliquis restitutionis in integrum, *l. 1. C. si advers. sol.* Plenissimam, si solutio facta sit auctoritate & decreto judicis: quod cum factum est, etiam restitutionis metus omnis tollatur. Quæ eadem Bartholi in *d. l. 7. §. 1.* ceterorumque Interpretum distinctio est, ab Antonio Fabro multis quidem verbis, sed nulla probabili ratione improbata *lib. 27. conj. 13.*

Ex diverso, pupilli solvere sine tutoris auctoritate non possunt) Quemadmodum pupillus mutuum dando non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis; ita eadem ratione nec solvendo creditori suo quod debet, liberatur. Ceterum quemadmodum consumptis nummis, quos mutuo dedit, condictio ei nascitur; ita & consumptis, quos dedit in solutum, contingit ei liberatio, *l. non omnis 19. §. de reb. cred. l. 9. §. 2. de auct. tut. l. 14. §. ult. de solut.* (6) Quid ergo si nummi, quos pupillus sine auctoritate tutoris credidit, aut in solutum dedit, casu apud eum qui accepit, perierint? utrius periculum & jactura erit? Donellus in *d. l. 19. §. 3.* Azonem secutus pupilli periculum esse putat: quoniam ita jus sit, ut res pereat suo domino, *l. 6. l. 9. C. de pign. act.* Sed recte cum *Gloss. & DD. comm.* Zas. *ibid num.* 8. contrarium defendit, ne quod favore pupilli introductum est, ut ne credendo aut solvendo dominium transferat, in perniciem ejus vertatur, contra *l. quod favore 6. Cod. de legibus*, & quod dicitur, casus fortuitos spectare dominum; hanc exceptionem habere intelligi debet, nisi quis propter favorem dominus remaneat, aut jure singulari dominium non transferat. Hoc enim non debet conditionem accipientis meliorem facere; sed quoad cætera perinde habendum, ac si quis aliud credidisset aut solvisset.

TITULUS NONUS.

PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR?

C. Lib. 4. Tit. 27.

Ratio ordinis, & Argumentum Tituli.

HIC titulus totius superioris disputationis quamdam quasi ampliationem continet ostendens, non solum nobis acquiri ἀμέσως per nosmetipsos; verum etiam per alios ἐμμέσως. Personæ, per quas acquirendi facultatem habemus, enumerantur in principio: ex qua enumeratione perspicuum est eos, per quos nobis acquiratur, oportere nobis subjectos esse: vel revera, ut sunt liberi nostri, quos in potestate habemus; item servi, cum nostri, tum aliquatenus etiam alieni, in quibus usumfructum habemus: vel justa nostra opinione, ut sunt servi alieni & liberi homines, quos bona fide possidemus. De quibus singulis cum explicatum est, removetur hinc persona extranea, utpote per quam, excepta causa possessionis, nihil acquiri possit: ac postremo ab acquisitione rerum singularum transitur ad modos, quibus acquirimus res universas.

TEXTUS.

Summa.

Acquiritur vobis non solum per vosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habetis: item per servos, in quibus usumfructum habetis: item per homines liberos & per servos alienos, quos bona fide possidetis: de quibus singulis diligentius dispiciamus.

NOTÆ.

Quos bon. fid. possidetis) Ergo non tantum per eos, qui revera nobis subjecti sunt, acquirimus, sed etiam qui justa opinione nostra.

COMMENTARIUS.

ACquiritur nobis*) In aliis libris hæc & quæ porro sequuntur, leguntur in prima persona, *acquiritur nobis*, &c. uti apud Cajum *l. 21. de acq. rer. dom.* unde hic titulus per magnam partem descriptus est: eoque modo etiam Theoph. hunc locum reddit, & legendum censent Cujac. Baro. Wesemb. Mihi utro modo legas, parum referri videtur.

In potestate) Non dixit *in dominio*, sed generaliter, *in potestate*, ut uno verbo & filiosfamilias & servos comprehenderet. Nam potestatis verbo, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium significatur, *leg. potestatis 215. de verb. signific.* VINN. Attamen & liberos æque ac servos fuisse in dominio juris Quiritium certissimum est. Liberi enim poterant mancipari, tamquam res mancipi, Caj. *Inst. leg. 6. 3.* poterant vindicari, *leg. 1. §. 2. ff. de rei vindic.* poterat, iis surreptis, actio furti institui, *leg. 38. §. 1. de furt.* Conf. III. Bynkersh. *de jure occidendi, lib. cap. 1. p. 146.* HEIN.

TEXTUS.

De liberis in potestate.

1. Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem quicquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculiis) hoc parentibus suis acquirebant sine ulla distinctione: & hoc ita parentum fiebat, ut etiam esset iis licentia, quod per unum vel unam eorum acquisitum esset alii filio vel extraneo donare, vel vendere, vel quocumque modo voluerant, applicare. Quod nobis in humanum visum est: & generali constitutione emissa, & liberis pepercimus, & parentibus honorem debitum reservavimus. Sancitum etenim a nobis est, ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti acquiratur, Quæ enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias acquisivit, hujus usumfructum patri quidem acquirat, dominium autem apud eum remaneat: ne, quod ei suis laboribus vel prospera fortuna accesserit, hoc in alium perveniens, luctuosum ei procedat.

NOTÆ.

1. *Castrensibus peculiis*) Quæ primum filiisfamiliam militibus concessa: postea etiam veteranis, seu militia missis, *p. insr. quib. non est perm. fac test.* Juven. *sat.* 16. *v.* 52. Postremo ad exemplum castrensis etiam quasi castrense peculium exceptum, quasi militum contemplatione litteratæ militiæ, *§. ult. infr. de mil. test.*

Sine ulla distinctione) Id est, peculium omne paganum pleno jure patri acquirebatur. Non distinguebant inter profectitium & adventitium, neque inter usumfructum & proprietatem.

Generali constitutione) *L. 6. C. de bon. quæ liber.* qua quod circa bona materna & materni generis, item lucra nuptialia jam ante a diversis Principibus statutum erat, *l. 1. & 2. C. de bon. mat. l. 1. 2. 6. & 7. Cod. Theod. l. 1. & 4. Cod. de bon. quæ lib.* ne ἀσυμβόλως abiret, produxit ad bona omnia adventitia.

Honorem debitum) Th. τὸ ὑπερβάλλουσαν φύλαξιν, *debitum reservavit*, vox *honorem* abundare videtur Cujac. quoniam hic non agitur de honore debito, sed acquisito. Deest quoque in emendatissimis editionibus teste Fabror.

Usumfructum patri (Quidam etiam casus sunt, quibus peculii adventitii plena proprietas filio acquiritur, *l. ult. §. 1. C. de bon. quæ lib.*, auth. *excipitur*, *cum 2. seqq. C. eod. Peculium adventitium*, ξένον, ἐπίκτητον, Gloss. lat. gr. quod aliunde, quam a pare obvenit, & quasi τυχηρόν.

COMMENTARIUS.

1 *Post acceptatam demum Remp. filiisf. primum militibus, deinde etiam veteranis peculium castrense pleno jure concessum; procedente tempore, & quasi castrense.*

2. *Quid sit peculium filiifamil. quot ejus species, & quid singulæ?*

3. *Translato in Thracium Imperio, primum bonorum maternorum, mox etiam materni generis, & lucrarum nuptialium, novissime omnium adventitiorum proprietatem filiisfamil. concessam, solo usufructu apud patrem relicto.*

4 *Quid moribus nostris, & Gallorum?*

Exce-

EXceptis castrensibus peculiis) Florente Republ. peculium filiifam. uniusmodi fuit. Nam ut servus domino, ita filius patri cuncta pleno jure acquirebat: idemque plane jure jus & in corpus & in servos; cujus rei inter alios testis locuplex est Dionys. Halicarnasseus *lib. 8. Romani*, inquit, *proprium nihil possident, quandiu patres eorum in vita manent: sed & pecuniæ & corpora filiorum parentum potestati arbitroique permissa sunt omniaque parentibus acquirunt quasi servi*, ut ὑπ.- χειν ϰ̀ [illegible] τῶν πατέρων: Verum Imperatores ut præmio aliquo adolescentes ad militiæ labores invitarent, eorumque sibi conciliarent studia, castrense peculium filiisfamil. pleno jure concesserunt: primum militibus, postea etiam veteranis seu a militia dimissis, *insr. quib. non est perm. fac. test. in pr.* Ex quo filiifamil. in hoc peculio jus ac vicem patrumf. obtinere cœperunt, *l. 2. de SC. Mac.* idque significat Juvenal. *satyr. 16. vers. 52.* his versibus:

—— Nam quæ sunt parta labore
Militiæ, placuit non esse in corpore census,
Omne tenet cujus regimen pater. ——

Igitur quod ait, *olim quidem*, &c. excipiens peculia castrensia, id ad tempora Julii aut Augusti & sequentia referendum est, *l. 1. de testam. mil. d. pr. insr. quib. non est. perm. fac. test.* Postremo nec multo post ad exemplum castrensis peculii etiam quasi castrense peculium exceptum & filiisfamil. permissum est, *§. ultim. inf. de militib. testib.* Plane hactenus adhuc diu jus vetus patri conservatum fuit, ut si filius intestatus decessisset, bona castrensia pater jure peculii occuparet, *leg. 2. de castr. pec.* de quo plura alibi. VINN. Jus in peculio castrensi eodem tempore concessum videtur filiisfamilias, quo militibus liberrima illa testamenti factio concessa est, cujus historiam habes in *l. 1. pr. ff. de test. mil.* Nec mutatum videtur quod pater bona filii intestati Juri peculii occupet, si liberos vel frater non reliquit. Nam & bonis publicatis, ea tamquam peculium penes patrem manent *l. 3. C. de bon. proscr.* Utroque enim casu cessat favor filiifamilias militis, ob quem illi hujusmodi concessum est privilegium. HEIN.

Sine distinctione) Profectitii scil. vel adventitii peculii, proprietatis & ususfructus, inter quæ primus Justinianus est, qui differentiam generali lege introduxit. (2) Ex his porro patet, quicquid filiusfamilias habet, sive concessione patris, sive partum suo labore, aut aliena liberalitate collatum, id uno nomine peculium filiifamil. appellari; atque hoc docendi gratia ex ratione novi juris in duo genera posse dividi, ut dicamus, peculium filiifam. esse militare, vel paganum: & utriusque iterum duas esse species inferiores, illius castrense, & quasi castrense, hujus profectitium & adventitium. Castrense est, quod per occasionem armatæ militiæ filius sibi acquisivit, quo quid contineatur, docent *leg. castrense 11. de castr. pec. l. 1. Cod.* Quasi castrense est, quod in toga operam Reip. navans paravit, puta ex professione liberalium artium, ex officiorum publicorum emolumentis, ex patrociniis causarum, & urbana illa inermique militia, *l. ultim. C. de inoff. testam. l. 4. advocatio 14. C. de adv. div. jud.* Liberalitatem quoque a Principe in filiumfamiliam collatam instar castrensis peculii haberi placuit, *leg. 7. Cod. de bon. quæ lib. in pot.* Utrumque hoc genus ita proprium filiifamil. esse placuit, ut de eo statuere posset

non secus, ac si paterfamil. esset, *dict. pr. insr. quib. non est perm. fac. test. l. 1. §. nec Castrense 16. de collat. l. 1. de SC. Mac.* Adde quæ notavimus sub *§. ult. insr. de mil. test.* Profectitium peculium est, quod a patre sive contemplatione patris ab aliis ad filium proficiscitur. Adventitium, quod aliunde filio obvenit, sive id laboribus suis acquisivit extra causam armatæ, aut togatæ militiæ, sive prospera fortuna ei accessit, puta ex maternis maternive generis hæreditatibus, lucris nuptialibus, legatis, & hæreditatibus amicorum, *l. 6. Cod. de bon. quæ lib. & hoc text. in fin.* Illud totum patri secundum antiquam observationem adhuc acquiritur; hujus in universum proprietas filio data est constitutione Justiniani, solo ususfructu patri relicto; de quo mox fusius.

Alii filio vel extraneo donare) Consequens hoc omnino rationi antiqui juris. Nam cum utriusque hujus peculii pleno jure pater dominus esset, licere utique etiam debuit pro arbitrio de utroque statuere, & quod labore Titii filii acquisitum esset, Mævio donare, vel in proprias rationes convertere. Hinc porro etiam est, quod patre mortuo peculium paganum omne, nisi legatum esset, fratribus conferendum erat, *l. certum 18. C. fam. erc. l. filiæ 12. C. de coll.* quod in adventitio mutavit Justinianus, *l. ult. C. d. tit.* convenienter priori suæ constitutioni, *l. cum oportet 6. C. de bonis quæ lib. potest.*

(3) *Generali constitutione omissa*) Cum olim bona omnia adventitia non minus, quam profectitia pleno jure patris essent, Constantinus detraxit bona materna, quorum usumfructum tantum patri, filio proprietatem tribuit, *l. 1. C. bon. mater. l. 1. & l. 2. C. Theod. eod.* Gratianus, Valentinianus, & Theodosius idem statuerunt de bonis materni generis, id est, ex materna cognatione delatis, *l. 6. Cod. Theod. eod.* eosque secuti Arcadius & Honorius, *l. 2. Cod. d. tit. l. 7. Cod. Theod. eod.* Theodosius porro & Valentinianus, Leo & Anthemius, hoc etiam ad lucra nuptialia & sponsalia produxerunt, *l. 1. l. 4. C. de bon. quæ lib.* Postremo Justinianus generali constitutione omissa quacumque ex causa filio quid acquisitum esset, quod adventitio peculio attribueretur, id omne ejusdem juris esse voluit, *dict. leg. cum oportet 6. Cod. eod. tit.*

Si quid ex re patris, hoc secundum antiquam observationem) In profectitio peculio nihil Justinianus mutavit: sed quicquid ex re patris filio obvenit, id totum vult patri acquiri secundum observationem juris antiqui. Plane potest nihilominus aliquid commodi ex concessione hujus peculii ad liberos redire: nam & emancipatos sequitur, nisi nominatim adeptum sit, *l. donationes 31. §. 2. don.* & bonis patris publicatis separatur & conservatur liberis, *l. 3. §. sed utrum 4. in fin. de min.* Ait, *ex re patris*, *in d. l. cum oportet 6. ex substantia patris*. Quid igitur dicemus, si quid filio obvenerit, non quidem ex re aut substantia patris, sed patris occasione & contemplatione? DD. *hic & in d. l. cum oportet 6.* id quoque peculii profectitii esse volunt, *arg. l. si servo 21. cum leg. seq. de usufruct.* ubi quod servo fructuario relinquitur, aut donatur contemplatione fructuarii, id fructuario acquiri dicitur tamquam ex re ejus quæsitum, *facit l. sed si plures 10. §. in arrogato 6. in fin. de vulg. & pup. subst.*

Usumfructum patri acquirat, dominium apud eum remaneat) Dominium posuit pro nuda proprietate, uti & in *d. l. cum oportet 6.* Hæc autem proprietatis concessio non tribuit filio jus eam sine patris consensu alienan-

di., *l. ult. ipsum autem 5. C. eod.* Si usufructus filio relictus sit, hic totus acquiretur patri, at eo mortuo redibit ad filium *l. ult. C. de usufr.* Nonnumquam & plena proprietas filio acquiritur: quod Justinianus primo introduxit in hæreditate, quam filius renuente patre adiisset, *d. l. ult. §. 1.* postea etiam in pluribus casibus: in rebus ea lege filio datis, ne usufructus ad patrem perveniret: in hæreditate fratris & sororis, ad quam una cum filio pater admittitur; item in iis rebus, quæ filio deferuntur ob delictum patris, qui divortium fecit sine causa, *auth. excipitur, & 2. seq. C. de bono quæ lib.* VINN. Immo & alii sunt casus, quibus plena filio proprietas acquiritur, veluti si pater dolose versatus sit in bonis filio restituendis, *l. 50. ff. ad SC. Treb.* si princeps filiofam. donarit, *leg. 7. Cod. de bon. quæ lib.* HEIN. (4) Moribus nostris & Gallorum adventitia omnia, sicut castrensia & quasi, filii sibi, non patri & in solidum acquirunt: in profectitiis tantum antiquum jus acquirendi per filium patri relictum est, Gudel. *de jur. noviss. lib. 1. cap. 4.* Chassan. *in consuet. Burgund. §. 1. lit. Des infans deplusieurs lies ad verf. & fait les fruits.* Pet. Greg. *syntagm. 11. c. 8. n. 12.* Enimvero quod provenit ex quæstu, aut opera liberorum, quo parentes enutriunt, id pleno jure parentibus acquiritur. Grotius *1. manud. cap. 6.* add. Groenevv. *de leg. abrog. hic.*

T E X T U S.

De emancipatione liberorum.

2. *Hoc quoque a nobis dispositum est & in ea specie, ubi parens emancipando liberos suos ex rebus, quæ acquisitionem effugiebant, sibi tertiam partem retinere, (si voluerat,) licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis: & inhumanum quiddam accidebat ut filius rerum suarum hac emancipatione dominio pro tertia parte defraudaretur: & quod honoris ei ex emancipatione additum erat, quod sui juris effectus esset, hoc per rerum dominationem decresceret. Ideoque statuimus, ut parens pro tertia parte dominii, quam retinere poterat, dimidiam non dominii rerum, sed usufructus retineat. Ita etenim res intactæ apud filium remanebunt, & pater ampliore summa fruetur, pro tertia, dimidia potiturus.*

N O T Æ.

2. *Liberos suos*) Th. τὰ παῖδα. Cujac. Hotom. Fabr. *liberum suum*, numero singulari ut *infr. de serv. cogn. in pr. & l. 35. Cod. de inoffic. testam.* Aureol. Victor. c. 26. *Nerva Trajanum in liberi locum adoptavit.*

Anterioribus constitutionibus) Intelligit *l. 1. & 2. Cod. Th. de mater. bon.* quæ Constantini sunt, *l. 6. §. 3. Cod. de bon. quælib.*

Pro pretio emancipationis) Quasi remunerationis gratia, *d. l. 1. & v. d. l. 6. §. 3.* non præmio delatæ emancipationis, *l. 3. C. de bon. matern.* nam emancipatio beneficium est quærendorum bonorum, *l. si a par. quis man.*

Quod honoris) Honorificum est filio suo, suæ potestatis & caput familiæ evadere.

COMMENTARIUS.

1. *Cur, cum peculium profectitium, si pater id non ademerit, sequatur filium emancipatum, dimidia usufructus adventitiorum, etiam expresse non reservata, patrem?*

EMancipando liberos suos) Cujac. Hotom. Wesemb. *liberum suum*, numero singulari: quomodo etiam loquitur Justinianus, *leg. si quis 33. Cod. de inoffic. testam. & inf. de serv. cogn. in pr.* legitur; *liberum vel liberos.* Veteres autem semper in numero multitudinis ea voce usi sunt, & unum etiam filium filiamve liberos appellarunt, teste Gell. *lib. 2. cap. 13.* quod & Cajus confirmat, *l. non est 148. de verb. signif.* ubi scribit, non esse sine liberis, cui vel unus filius filiave est. Hæc enim, inquit, enunciatio, *habeo liberos*, *non habet liberos*, semper plurativo numero profertur, sicut & pugillares & codicilli. Gloss. Græc. Lat. τέκνα, *liberi, pluraliter, tantum declinatur.* Quod autem Valla *lib. 3. elegant. 8.* scribit, liberum pro filio se & apud Paulum & apud Cajum reperire, existimo esse ἁμάρτημα μνημονικόν, eumque Paulum & Cajum dixisse pro Modestino, & Ulpiano. Nam apud Modestinum *l. jus agnationis 34. de pact.* legit, *nolle suum liberum esse*, ut vulgatæ editiones habent, sed Florentina nos docuit, legendum, *nolle suum esse.* Apud Ulpianum, *l. nemo 126. §. 1. de reg. jur. qui liberum acquisierit.* Sed & in Florentino Codice est, *qui liberum acquisierit*, quomodo procul dubio legendum. Meminit Valla etiam Quintiliani, sed nec locum, nec verba citat. VINN. Immo locus, ad quem respicit Valla, est apud Quintil. in *Declam. II.* Conf. W. Cl. Muncker. *ad* Hygin. *Fab. 9.* & Duker. *de Latin. vet. JC. pag. 585.* HEIN.

Ex rebus, quæ acquisitionem effugiebant.) Id est, in iis bonis adventitiis, quorum proprietas filio, non patri acquirebatur ex Græcorum Imp. constitutionibus; quo in numero erant bona materna & materni generis, item nuptialia, & sponsalitia lucra, ut notatum §. *præc.* Cave igitur intelligas peculia castrensia, aut quasi: nam eorum nihil apud patrem emancipatorem relictum fuisse ipse Justinianus aperte testatur, *d. l. cum oportet 6. §. cum autem 3. C. de bon. quæ lib.* unde hic §. descriptus.

Quasi pro pretio emancipationis) Constantinus *l. 1. & l. 2. C. Theod. de bonis matern.* censuit, æquum esse, ut filius patrem emancipatorem remuneraret, offerretque patri tertiam partem bonorum maternorum, quorum proprietatem liberis in potestate manentibus concesserat, aut ut jus esset patri tantam horum bonorum partem sibi retinere, idque pro honore & beneficio emancipationis in filium collato: quippe quo filius consequitur, & ut sui juris ac caput ipse familiæ esse incipiat, quod ei honorificum est; & ut pleno jure deinceps omnia possideat, sibique acquirat, quod lucrosum. Et hoc est, quod Justinianus hic significat his verbis, *quasi pro pretio emancipationis*, quod in constitutione sua sic expressit, *quasi remunerationis gratia*, *dict. leg. cum oportet §. 3.* Præmium delatæ emancipationis appellant Theod. & Valent. *l. 3. C. bon. matern.*

(1) *Pro tertia parte dominii, dimidiam usufructus*) Justiniano duriusculum visum fuit, liberos specie honoris tam gravem jacturam rerum suarum pati, ut tertiam earum partem parens manumissor auferret, sibique pleno Jure haberet. Neque tamen æquum putavit, nihil omnino remunerationis invicem accepti beneficii libero rependere. Qua de causa ipse sic statuit, ut pater pro tertia parte, quam ex prioribus constitutionibus de bonis filii maternis & lucris nuptialibus pleno & perpetuo jure dominii retinebat, partem dimidiam non domi-

dominii, sed ususfructus consequeretur, ideque locum haberet in cæteris quoque adventitiis, postquam hujus generis bona omnia ejusdem juris esse voluit. Ita factum, ut nec liberi quicquam de dominio rerum suarum amitterent, nec causam conquerendi haberent parentes, concesso iis pro præmio emancipationis fructu tantæ partis bonorum. Hoc autem ita obtinere Justinianus censet, etiamsi pater in emancipatione sibi hoc præmium non expresse reservavit, *d. l. cum oportet 6. cum autem 5.* cum tamen peculium profectitium, quod totum pleno jure patris est, filium emancipatum sequatur tanquam a patre tacite donatum, si pater id non ademerit, *l. donationes 31. §. 2. de don. arg. l. si Sticho 53. de pecul. un. C. de pec. ejus, qui lib. mer. §. si peculium 30. infr. de legat.* Differentiæ rationem hanc affert Jo: Faber, quod præmium emancipationis est ex provisione legis, quæ patri prospexerit in peculio cujus ille adimendi potestatem non habebat; in peculio autem perfectitio nihil opus fuit provisione legis: quandoquidem ipse pro arbitrio suo de eo statuere possit, & qui hoc ipso, quod non adimit, concedere ita tacite intelligatur. Cui addit Div. Bachovius, quod peculii profectitii naturalis professio penes filium est, adventitii penes patrem, utpote usufructuarium: itaque illud, si ademptum non sit, quasi ultro a patre relictum & filio concessum intelligi: in hoc autem, quod pater ipse detinet, atque apud se habet, jus suum sibi servare velle, beneficioque uti, nisi inter emancipandum juri suo renunciaverit, vel donatione facta, hoc ab sese in liberos transtulerit, *d. l. cum oportet 6. §. cum autem 5.*

T E X T U S.

D servis nostris.

3. *Item vobis acquiritur, quod servi vestri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, sive ex donatione vel ex legato, vel ex qualibet alia causa acquirant. Hoc enim vobis & ignorantibus & invitis obvenit. Ipse enim servus, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Sed si hæres institutus sit, non alias nisi vestro jussu hæreditatem adire potest. Et si vobis jubentibus adierit, vobis hæreditas acquiri, perinde ac si vos ipsi hæredes instituti essetis. Et convenienter scilicet vobis legatum per eos acquiritur. Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habetis, vobis acquiritur, sed etiam possessio. Cujuscumque enim rei possessionem adepti fuerint, id vos possidere videmini. Unde etiam per eos usucapio, vel longi temporis possessio vobis accidit.*

N O T Æ.

3. *Et convenienter*) Nempe regulæ initio positæ, quod per servos nobis ex qualibet causa acquiritur etiam ignorantibus & invitis. Nam & hoc in legato obtinet: quippe quod lucrum tantum continet, non etiam damnum, ut hæreditas, *l. 32. ff. mand.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur per servos nobis acquiratur & ignorantibus & invitis?*
2. *Cur hic excepta hæreditas?*
3. *An possessio per servum domino ignoranti acquiratur quacumque ex causa?*

Dictum hactenus est, quatenus per liberos nostros acquirimus; sequitur de acquisitione per servos, in qua jus vetus per omnia servatur, ut creditum a Cajo, *l. 10. l. 1. & deinceps de acquir. rer. dom.* Et translatum id tale est, ut quicquid servus acquirit, sive ex causa peculii, (quod in persona servi unius generis est, nempe quod permissu domini separatum a rationibus dominicis habet, *l. 5. §. ult. de pecul.*) sive extra eam quacumque ex alia causa, id totum acquirat domino.

Sive quid stipulentur) Subobscure hoc dictum videtur pro, *sive quid ab se stipulatum per traditionem nanciscantur*. Nam etsi verum est, servos nostros stipulantes nobis obligationem ex stipulatione acquirere, *infr. per quas pers obl. acq. §. 1. infr. de stip. serv.* sub hoc tamen titulo non quæritur, per quas personas nobis obligatio acquiritur, sed dominium, sive proprietas, & possessio.

(1.) *Ignorantibus & invitis*) *L. etiam invitis 32. de acquir. rer. dom. l. quemadmodum 46. de jur. dot.* Hujus autem necessariæ acquisitienis non alia ratio quærenda, quam hic & apud Cajum *d. loc.* relata est; nimirum, quia ipse servus, qui in alterius potestate est, nihil suum habere potest. Fit ergo hæc acquisitio ipso jure, ratione scilicet potestatis, quæ facit, ut ne momento quidem aliquo res subsistere possit in persona ejus, qui in potestate est; & per quem acquiritur; sed protinus & necessario acquiratur ei, qui in potestate habet, domino vel patri, (nam & filiusfamilias qua talis huc pertinet, *l. placet 79. de acq. hær.*) quorum etiam vicem in acquirendo servus ac filiusfamilias sustinet, & quibuscum hactenus una persona esse finguntur. Non obstat, quod dicitur & invito beneficium non acquiri, *l. hoc jure 19. §. 2. de don. l. invito 79. d. reg. jur.* Non enim beneficii, sed juris ratio facit, ut sic domino per servum acquiratur. Quod si dominus id, quod sibi ita quæsitum est, habere nolit, licet ei id repudiare aut abjicere. D. Tuningius, ut hanc objectionem effugiat, duos quasi gradus in hac acquisitione considerat, unum in persona acquirentis, in qua acquisitionis initium, alterum in persona nostra, in qua progressus quidam numeretur. Ad initium quod attinet, ait, invitis nobis acquiri quoad progressum atque absolutionem, non nisi volentibus. Sed nunc est necesse, ut eo confugiamus, & sit hæc acquisitio in momento, *d. leg. placet 79. de acq. hær.* frustraque alias exciperetur hæreditas.

Sed si hæres institutus sit, non alias nisi vestro jussu) Exceptio proxime præcedentis regulæ. (2) Hæreditas quidem & ipsa per servos nostros hæredes institutos nobis acquiritur; cæterum non eodem modo, quo ex cæteris causis per eos acquirimus, ut etiam ignorantibus nobis & invitis acquiratur; sed volentibus dumtaxat & jubentibus eos hæreditatem adire. Quod si jussu nostro non expectato adierint, nihil agunt, *leg. si quis 15. §. jussum 4. de acq. hær.* Hoc autem cur ita placuerit, minime servi esset domini conditionem deteriorem facere, ignorantem eum obligando æri alieno hæreditario, quod sæpe excedit vires patrimonii defuncti, *l. 6. d. tit.* Illud enim notum est, qui hæres efficitur, non tantum acquirere, sed etiam obligari, & implicari oneribus hæreditariis.

Et convenienter vobis legatum) Convenienter ei, quod proxime præcedit de acquisitione hæreditatis, quæ hoc proprium habere dicta est, ut non acquiratur per servum sine jussu domini; sed regulæ initio positæ.

Quod per servos nobis acquiritur ex omnibus causis. Si ex causis omnibus; igitur & ex causa legati. Ex hac vero causa proculdubio etiam ignoranti & invito domino per servum acquiretur sicut ex cæteris, excepta hæreditate, *l. etiam inviti* 32. *de acq. rer. dom.* Nam ratio exceptionis, quæ in hæreditate est, cessat in legato, quod purum semper & liquidum lucrum affert, *l. si hæreditatem* 22. *mandat.* Plane jejuna quædam hic repetitio est de legato, quippe cujus jam in *pr. hujus* §. mentio facta: sed Tribonianus hunc locum ex Cajo *d. l.* 10. §. 1. *de acquir. rer. dom.* describens, incaute initium illius §. interpolavit: nam Cajus legati non meminit nisi semal, & demum in calce *d.* §. 1.

Nam solum proprietas, sed etiam possessio) An possessio per servum nobis acquiratur, causa est, cur dubitas. Hæc enim res non juris, sed facti est: *l.* 1. §. 3. & 4. *de a. poss. l. denique* 19. *ex quib. cap. maj.* ea autem quæ facti sunt, non transeunt ad dominum, sed in persona ipsius servi consistunt, *l. quid hæredi* 44. *de cond. & dem* §. 2. *inf. de stip. de serv.* ut proinde dicendum videatur, etiam possessionem in persona servi subsistere debere, nec domino per servum eam acquiri. Verum possessio non corporis tantum & facti est, sed etiam juris, teste Papin. in *leg. possessio* 49. §. 1. *de acq. poss.* aut potius, ut idem Papin. in *pr. d. l.* hoc exprimit, ita facti est possessio, ut cum de ea acquirenda, retinenda, aut transferenda agitur, plurimum ex jure mutuetur: interque hoc etiam est, ut per eos nobis acquiratur possessio, per quos res certæ, utique si nostro nomine possessionem apprehendant. (3) Cum autem generaliter & simpliciter tum hic, tum apud Cajum, *d. l.* 10. §. 2. *de acq. rer. dom.* scriptum sit, non solum proprietatem, sed etiam possessionem nobis per servos acquiri, & cujuscumque rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videri, apud Ulp. *l. si me* 34. §. *ult. de acq. poss.* hoc etiam amplius, servum meum ignoranti mihi possessionem acquirere: hinc Glossa & comm. DD. crediderunt, æque per servum quacumque ex causa possessionem domino etiam ignoranti acquiri, ac res cæteras, excepta hæreditate. Sed verior est eorum sententia, qui in acquirenda per servum possessione putant, causam peculiarem ab aliis separandam, ut si quidem ex causa peculiari possessionem nactus sit, ea etiam ignoranti domino acquiratur; si extra causam peculii, non nisi scienti: quæ distinctio aperte proponitur, *l.* 1. §. *item acquirimus* 5. *l.* 3. §. *cæterum* 12. *l. quod servus* 24. *l. peregere* 44. §. 1. *de acq. poss.* Sed & ratio diversitatis iisdem locis perspicue indicatur: nimirum cum ea possessionis conditio sit, ut nonnisi animo & corpore acquiri possit, *d. l.* 3. *pr.* & licet corpore alieno, animo tamen non nisi nostro nobisque volentibus, *d. l.* 3. §. *cæterum* 12. *l. ea quæ* 53. *de acq. rer. dom.* Hanc animum nostrum in earum quidem rerum possessione, quas servi ex causa peculiari adipiscuntur, quodammodo in genere saltem concurrere, eosque quasi voluntate nostra intelligi possidere, eo quod peculium eos habere permisimus; in rebus autem non peculiaribus nullam omnino voluntatem domini acquisitione antecedere, ac propterea ad possessionem in his causis acquirendam specialem domini voluntatem certamve scientiam necessariam esse, *dict. l. pergere* 44. §. 1. Sic igitur temperandum erit, sicubi simpliciter, quemadmodum hic scriptum legamus, per servos nobis acquiri possessionem, aut acquiri nobis ignorantibus, ut in *d. l.* 34. §. *ultim. eod.*

Unde etiam per eos usucapio) Caj. *d. l.* 10. §. 2. hoc sic expressit: *unde etiam per eorum longam possessionem dominium nobis acquiritur.* In peculiaribus rebus uti ignorantibus nobis possessio acquiritur, ita receptum est, ut etiam ignorantes ex eadem causa usucapiamus; cum alioqui possessio ignorantibus nobis quæsita veluti per procuratorem ad usucapionem non prosit, nisi postquam scientia nostra intervenerit, *l. si emptum* 47. *de usucap. l.* 1. *C. de acq. poss.* quod plenius explicabimus *sub* §. *penult. hujus tit.*

TEXTUS.

De fructuariis & bona fide possessis.

5. *De iis autem servis, in quibus tantummodo usumfructum habetis, ita placuit, ut quicquid ex re vestra, vel ex operis suis acquirunt, id vobis adjiciatur: quod vero extra eas causas consecuti sunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si is servus hæres institutus sit, legatumve quid ei, aut donatum fuerit, non usufructuario, sed domino proprietatis acquiritur.*

NOTÆ.

De iis servis) Ex *l.* 10. §. 3. *de acq. rer. dom. l.* 21. *de usufr.*

Ex operis suis) Puta si sutor, aut pictor, aut faber, & pro opera hujusmodi mercedem acceperit, *l.* 26. *de usufr.* Quid si ex superioribus causis; nominatim domino proprietatis stipuletur, aut nomine ejus rem accipias? acquirit domino proprietatis, *leg.* 25. §. 3. *d. tit. l.* 37. §. *pen. de acq. rer. dom.* Cæterum placet, fructuarium condicere id posse, *l. pen. de stip. serv.*

Hæres institutus, &c.) *ff. l.* 10. §. 3. *l.* 57. *l.* 49. *de acq. rer. dom. l.* 25. *pr. de ac. hæred.* Excipe, nisi quid horum factum contemplationem fructuarii, *l.* 21. & *seq. de usufr.* quo casu servus ex re fructuarii, non opera sua fructuario acquirere intelligitur, *leg.* 45. *dict. t.* ne objici possit, quod aditio hæreditatis non sit in opera servili, *dict. leg.* 45. *in pr.*

COMMENTARIUS.

1. *Cui acquirat servus fructuarius, si dicat, se domino proprietatis accipere ex re fructuarii?*
2. *Aditionem hæreditatis non esse in opera servili, & quare?*
3. *Servum contemplatione fructuarii hæredem institutum fructuario hæreditatem acquirere, & jussu ejus, non domini adire.*

QUÆ de quærendo per servos dominio aut possessione dicta sunt §. præt. ea locum habent, cum quis plenam in servo proprietatem habet. Quod si apud alium ususfructus servi sit, apud alium nuda tantum proprietas, hic ex duabus causis usufructuario per hunc servum acquiritur, ex re fructuarii, servi operis; ex cæteris causis proprietario. Idemque juris servatur in eo, qui bona fide servit, ut ex iisdem causis acquirat bonæ fidei possessori, ex cæteris aut sibi, si liber est, aut domino, si servus, de quibus nunc porro sequitur.

Ex re vestra vel ex operis suis) *L.* 10. §. 3. *de acq. rer. dom. l. si servi* 21. *de usufr.* Ex re fructuarii veluti si servus, cum fructuarius eum dispensatorem fecisset, rem aliquam ex nummis fructuarii comparavit, aut rem fructuarii locavit, pecuniam fœneravit, &c. Hic enim res empta,

empta, merces locationis, usuræ, pecuniæ creditæ quærentur fructuario, *l. 1. Cod. de rei vind. l. servus, 43. §. ult. de acq. rer. dom.* Ex operis servi, verbi gratia, si sutor sit, aut pictor, aut faber, atque ex hujusmodi aut simili opera alii præstita aliquid paravit, mercedem scilicet operæ, *l. si operas, 26. de usuf.* (1) Sed quid, si dicat servus, se domino proprietatis accipere, quod ex re fructuarii ei traditur? Hoc casu totum domino proprietatis acquiret. Nam & nominatim stipulando domino proprietatis ex re fructuarii aut operis suis eidem acquireret, *l. per servum 37. §. pen. de acqu. rer. dom. l. sed etsi 25. quæstionis, 3. de usufr.* Et facit hoc quidem ratio summi juris; cæterum quod ita domino proprietatis quæsitum est, placuit fructuarium condicere posse, *l. pen. de stip. servit.* Cur vero tantum ex duabus istis causis placeat acquiri fructuario, ratio hæc est, quod quæ ex istis causis acquiruntur, fructuum vicem obtinent, cæteræ in fructu non sunt.

Extra eas causas) Extra superiores causas habetur, quod servus fructuarius ex re pecuniave alterius consecutus est, puta ex peculio, quod a proprietario habet, aut si quid servo donatum legatumve sit, aut si hæres sit institutus. Idcirco placet, nihil horum per servum fructuario acquiri, sed omnia hæc acquiri domino proprietatis, *dict. leg. 10. §. 3. l. servus 43. leg. fructuario 47. l. quod fructuarius 49. de acquir. rer. domin. l. si quis 25. de acquir. hæred.* De hæreditate a quibusdam olim dubitatum est, propterea quod in aditione factum servi interveniat, *l. liber 19. de acquir. rer. domin.* & sine hujusmodi facto servi nec domino hæreditas acquiri possit, *l. 3. Cod. de hæred. instit.* Sed obtinuit, aditionem hæreditatis non esse in opera servili, *l. aditio 45. de acquir. hæred. dict. leg. fructuario 47. de acquir. rer. domin.* & recte. Nam aditio factum quidem est, sed opera non est: quippe cum opera non sit sine labore, qui in aditione nullus est. VINN. Posset & eadem reddi ratio, quam reddit Ulp. docens, partum ancillæ non esse in fructu, *l. 27. prin. de hær. pet.* Quemadmodum enim ancillæ non ideo parantur, ut pariant; ita nec finis primarius est eorum, qui servos sibi comparant, ut hæreditates nobis acquirant. Ususfructuarius autem capit tantum fructus ordinarios quoscumque. HEIN.

Si hæres institutus, legatumve quid ei, &c.) Hoc etiam generaliter sic traditum est, *l. 10. l. 47. l. 49. de acquir. rer. domin. l. 25. de acquir. hæred.* (3) Alibi tamen hæc extat exceptio, nisi servus hæres institutus sit, legatumve quid ei, aut donatum fuerit contemplatione fructuarii, quod enim ita relictum datumve servo fructuario est, id per eum fructuario acquiri, non proprietario, *l. si servi 21. & l. seq. de usufr.* Eademque distinctio probata est in specie non dissimili, *leg. facta 63. §. si hæres 4. ad SC. Trebell.* & in terminis hominis liberi bona fide possessi: cujus in hac causa & servi fructuarii eadem ratio, *l. aditio 46. §. ult.* de *acquir. hæred.* Neque tam exceptio hæc est, quam interpretatio & declaratio quædam superioris regulæ, quæ definit, nihil per servum fructuarium fructuario acquiri præterquam ex re fructuarii, aut ex servi operis. Docet nimirum ista distinctio, quod contemplatione fructuarii datum aut relictum est, extra illas duas causas non acquiri: quamvis enim hoc fructuario non acquiratur ex servi opera, intelligi tamen acquiri ex re fructuarii, cui qui donavit aut reliquit rem quæsitam voluit, *dict. l. aditio 45. §. ult. de acquir. hæred.* Ex quo etiam perspicuum est, falli Glossam, Jo. Fab. Cantiunc. *hic*. Bart. *in d. l. 25. de acq. hær.* & quotquot sunt qui scribunt, servum fructuarium, ut maxime contemplatione fructuarii hæres institutus sit, non posse hæreditatem jussu usufructuarii adire, eamque per aditionem directo acquirere fructuario, sed adeundam esse jussu proprietarii, cui etiam stricta ratione hæreditas acquiratur, sed restituenda fructuario condicione sine causa, ut in casu *l. pec. de stip. serv.* Fefellit eos, quod putaverunt, prius esse, ut aditio hæreditatis contra expressi juris auctoritatem statuatur esse species operæ servilis, quam in casu proposito dici possit, servum jussu fructuarii adeuntem hæreditatem fructuario acquirere. Quod non ita est: neque enim ex causa operæ servilis hæc acquisitio defenditur, sed ex capite altero, quia scilicet hoc casu servus ex re fructuarii acquirere intelligitur, ex qua causa vel maxime fructuario acquiri constat, *d. l. aditio 45. §. ult. de acq. hær.* Ubi ex hoc eodem fundamento Jurisconsultus defendit, liberum hominem bona fide a me possessum & mei contemplatione hæredem institutum meo jussu adire, & mihi acquirere hæreditatem posse. Bonæ fidei autem possessoris & fructuarii eadem plane in his quæstionibus ratio est, ut mox docebitur: censet Jas. *in d. l. 25. de acq. hær.* Myf. Bart. *hic*. Movere autem neminem debet, quod quibusdam locis generaliter definitur, servum fructuarium jussu ejus, qui usumfructum in eo habet, adire hæreditatem non posse, ut *d. l. 25. in pr. & d. l. additio 45. §. pen.* Hujusmodi enim loci accipiendi sunt de servo simpliciter instituto, non contemplatione fructuarii: quo casu si per servum fructuario acquireretur hæreditas, acquireretur extra superiores duas causas: quod ratio juris non permittit. Sic cum in hoc nostro §. & *d. l. 10. §. 3. de acq. rer. dom.* generaliter scriptum sit, quod servo fructuario donatur, aut relinquitur, id acquiri proprietario, nemo tamen est qui neget, admittendam hic esse illam sive exceptionem, sive interpretationem, nisi quod servo donatum relictumve sit contemplatione fructuarii, quod alibi certo jure traditum est. Quod vero Paulus in *l. quod fruct. 49. de acq. rer. dom.* scribit, quod extraneus servo fructuario donat, indistincte soli proprietario acquiri; id non eo pertinet, ut excludat insignem & receptam distinctionem inter id, quod contemplatione fructuarii, aut simpliciter servo donatum est; sed eam, quam ipse in pr. istius legis proponit in fructuario donante. Plane ex generali horum definitione evidenter evincitur, errare eos qui contendunt, quod servo fructuario donatur, aut relinquitur, in dubio præsumendum donatum aut relictum contemplatione fructuarii: quod tamen tamquam certum tradit D. Dion Gothofred *in annot. ad Schneid.*

T E X T U S.

5. *Idem placet & de eo, qui a vobis bona fide possidetur, sive is liber sit, sive alienus servus. Quod enim placuit de usufructuario, idem placet & de bonæ fidei possessore. Itaque quod extra istas duas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Sed bonæ fidei possessor, quum susceperit servum, (quia eo modo dominus fit) ex omnibus causis per eum sibi acquirere potest. Fructuarius vero usucapere non potest; primum quia non possidet; sed habet jus utendi fruendi: deinde quia scit, servum alienum esse. Non solum autem proprietas per eos servos, in quibus usumfructum habetis, vel quos bona fide possidetis, aut per liberam personam, quæ bona fide vobis servit, vobis acquiritur;*

sed

sed etiam possessio. Loquimur autem in utriusque persona secundum distinctionem, quam proxime exposuimus, id est, si quam possessionem ex re vestra, vel ex suis operis adepti fuerint.

COMMENTARIUS.

1. *An bonæ fidei possessor quod ex operis servi paratum extat, domino servum vindicanti restituere teneatur?*
2. *Verumne sit simpliciter, quod Justinianus ait, fructuarium non possidere?*

De iis, quæ bona fide possidemus, idem jus est, quod de servis fructuariis, ut scilicet qui bona fide alicui servit, sive servus alienus est, sive homo liber, quicquid ex re ejus, cui servit, acquirit, quicquid item ex operis suis, id acquirat ei, cui servit, & a quo bona fide possidetur, *d. l. 10. §. idem placet 4. l. liber 19. de acq. rer. dom.* Hactenus tamen quatenus possessor bona fide possidebit, & quamdiu ita possidebit: nam si scire cœperit, eum, qui bona fide servit, hominem liberum, aut alienum servum esse, continuo per eum acquirere posse desinit, *l. qui bona 23. §. 1. l. quæsitum 40. eod.* Quod extra duas istas causas acquiritur, placet vel ad ipsum, qui bona fide possidet, pertinere, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Extra eas causas maxime est hæreditas, legatum, donatiove, *d. leg. lib. 19. l. homo 54. eod.* Cæterum & in persona ejus, qui bona fide possidet, recipiendum temperamentum superius, nisi quid donatum relictumve sit contemplatione bonæ fidei possessoris, cui hoc casu etiam ista acquiri placet, *l. additio 45. §. ult. de acq. hær.*

Itaque quod extra istas duas causas) Quoniam, ut supra notavimus, istud in fructu non est; ea autem sola, quæ in fructu sunt, bonæ fidei possessoris fiunt, ut & fructuarii, quæri potest in persona bonæ fidei possessoris, (in fructuarium enim hujusmodi quæstio non cadit) (1) an quemadmodum fructus ex fundo alieno perceptos & extantes adhuc vindicanti rem suam domino restituere tenetur: juxta ea quæ tradita & notata sunt *§. si quis 35. sup. de rer. div.* eodem modo etiam quod pecuniæ aut rei ex operis servi paratum exeat apud eum, cui bona fide servit, domino servum evincenti restituendum sit? Quæstionem propono de rebus ex operis servi possessoris quæsitis: vix enim dubitari potest, quin quod ex re possessoris quæsitum est, perpetuo atque irrevocabili jure possessoris efficiatur. At quæ possessori parantur ex operis servilibus, ea cum fructibus fundi comparari passim videas, *l. quis scit. 25. §. 1. de usur. l. quæsitum 50. in fin. de acq. rer. dom.* Existimo tamen, etiam hæc bonæ fidei possessori irrevocabiliter acquiri, eique cedere in compensationem alimentorum, aliarumque impensarum, quæ necessario in servum fiunt, nec certo æstimari queunt. Neque obstat prædicta comparatio: nam ex ea minime sequitur, eamdem earum rerum & fructuum in omnibus rationem esse, & in *d. l. quæsitum 40.* conferuntur hæc cum fructibus consumptis, quos lucrari bonæ fidei possessorem certum est.

Sed bonæ fidei possessor quum usuceperit) Bonæ fidei possessor usucapione perfecta quacumque ex causa per servum acquirit: quia usucapio pleno jure dominum eum facit. Hoc ad hominem liberum bona fide possidentem non pertinet: quippe cujus nulla usucapio est.

Fructuarius usucapere non potest, &c.) Ait cum Cajo, *d. l. 10. §. ult. de acq. rer. dom.* usufructuarium usucapere non posse, idque duplici de causa, tum quia non possidet, tum propter malam fidem, quia scit, servum alienum esse. Horum autem vel alterutrum satis est ad impediendam usucapionem: utpote quæ nec sine possessione, nec sine bona fide possessoris putantis rem suam esse, procedere potest, ut demonstratum *sup. tit. de usuc.* Et de scientia quidem fructuarii res certa est: neque enim ignorare potest, se earum rerum, quarum usumfructum habet, dominum non esse. (2) Quin ipse alium dominum agnoscit, cum se fructuarium profitetur. Quod vero simpliciter negatur possidere, non est sine omni scrupulo. Nam alibi contra dicitur possessor, & possidere, *l. uti frui 5. in fin. princ. & §. ult. si usufr. pet.* & naturaliter possidere, *l. naturaliter 12. de acq. poss.* Sed hæc non sunt contraria, nam & colonus, & commodatarius, & depositarius naturaliter dicuntur possidere, *l. 2. §. 1. pro hær. l. 7. §. neque colonus 11. commun. div.* qui tamen alibi possidere absolute negantur: ullamve habere possessionem, *l. 9. de rei vind. l. non solum 33. §. 1. circ. fin. de usuc. leg. 6. §. 2. de precar. possidere 5. inf. de interd.* Nimirum nec hi, nec fructuarius vere possident, id est, non possident civiliter, ψυχῇ δεσπόζοντος, animo dominanti, sine qua possessione non procedit usucapio. Sed in possessione sunt nomine alieno, apud quem possessio remanet, & qui per illos possidere intelligitur, *dict. §. possidere 5. infr. de interd. l. generaliter 19. l. quod mero 18. in princip. de acq. poss. l. 6. §. 2. de precar.* Qui textus etiam in his terminis de fructuario loquitur: nec alia ratione dicitur, retentio ususfructus species esse traditionis, quam quod qui retinet usumfructum, desinat sibi, & incipiat alii possidere. Itaque cum hi naturaliter possidere, aut possidere simpliciter dicuntur, impropria locutio est, qua corporalis tantum detentio significatur, *l. possessio 49. de acq. poss. l. 1. C. comm. de usuc.* Verum enim vero licet fructuarius non possideat, tamen quia firmius jus habet insistendi rei, atque omne rei emolumentum ad eum pertinet, eas res efficit, ut interdicta ei possessoria accommodentur: quæ cæteris, qui in possessione sunt tantum, denegantur, *leg. 3. §. unde vi & de vi arm. leg. ult. uti possi.* De quo pluribus agere hoc loco non licet.

Non solum proprietas, sed etiam possessio) *L. 1. §. sed & 6. §. per eum 6. l. possessio 49. in pr. de acquir. poss.* Nimirum quia etiam possessionem pleno dominio servus acquirit ex omni causa, *§. 3. sup. eodem.* Ita vero jus est, ut quæcumque per servum quacumque ex causa acquiruntur ei, qui plenum in eo jus habet, eadem placet acquiri fructuario per servum fructuarium: & bonæ fidei possessori per eos, quos bona fide possidet ex re illorum aut horum operis. Nihil ad rem pertinet, quod fructuarius servum non possidet: nam nec pater filium, *dict. l. 1. §. per eum 8. de acq. poss.* Sed nec procurator a nobis possidetur, nec tutor curatorve, per quos tamen possessionem nobis acquiri posse constat, *d. l. 1. §. procuratorem 20.* Hæc & quæ præcedentibus §§. tradita, quamvis apud nos usum non habent, qui servos non habemus, tamen diligentius exposui, quia in multis partibus non parvis conducunt ad cognitionem juris civilis Romanorum.

T E X T U S.

De reliquis personis.

6. *Ex his itaque apparet, per liberos homines quos neque*

neque vestro juri subjectos habetis, neque bona fide possidetis: item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habetis, neque possessionem justam, nulla ex causa vobis acquiri posse. Et hoc est, quod dicitur, per extraneam personam nihil acquiri posse, excepto eo, quod per liberam personam (veluti per procuratorem) placet non solum scientibus, sed & ignorantibus vobis acquiri possessionem, secundum Divi Severi constitutionem, & per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuerit, qui tradidit; vel usucapionem, aut longi temporis præscriptionem, si dominus non sit.

NOTÆ.

6. *Sed & ignorantibus) L. 13. de acquir. rer. dom. l. 34. §. 1. l. 49. §. ult. de acquir. poss. l. 1. C. eod.* Utique tamen volentibus, ut ignoremus, quo tempore ex voluntate nostra possessio apprehendatur.

Per possessionem etiam dominium) Si tradita ab eo, qui dominus fuit, & dominium in nos transferre voluit, *d. l. 13. l. 20. §. ult. de acq. rer. dom. l. 8. de acq. poss.*

Vel usucapionem) Id est, usucapiendi occasionem, condictionem. Hoc interest, quod dominium etiam ignoranti mihi per procuratorem, cui nomine meo res tradita est, acquiratur: re autem a non domino tradita usucapiendi facultas demum acquiratur, ex quo scire cœpit rem traditam esse, *l. 47. de usuc. l. 1. C. de acq. poss.* Nam usucapio bonam fidem possidenti requirit, quam nemo dixerit eum habere, qui se possidere ignorat.

COMMENTARIUS.

1. *Cur placeat, possessionem per extraneam personam acquiri posse, jus aliquid non posse?*
2. *Per consequentiam quæsitæ possessionis necessario etiam dominium nobis acquiri, aut usucapiendi condictionem: sed tunc demum, postquam scientia intervenit, n. 3.*

Concludit ab enumeratione personarum, per quas acquiri huc usque docuit, quasi ab enumeratione partium, per extraneam personam nihil nobis acquiri posse. Sed causa excipitur possessionis. Personam extraneam vocat hominem liberum, qui neque juri nostro subjectus est, neque bona fide a nobis possidetur: tum servum alienum, in quo neque usufructum habemus, neque justam possessionem. In summa; persona extranea in hoc argumento est, quæ vim instrumenti animati apud nos non obtinet.

Nihil acquiri posse) Neque dominium aliudve in re jus, neque obligationem, aut actionem, *l. 1. Cod. h. tit. l. 11. de oblig. & act. l. 3. in princ. quod vi aut clam l. quo tutela 73. §. ult. de reg. jur. l. si stipulatio 35. §. alteri 17. de verb. oblig.* Cujus rei ratio est, quod jus civile ita comparatum sit, ut sibi quisque quod sua intersit, negorium gerat, non alteri, *d. l. 11. de obl. & act. d. l. stipulatio 38. §. alteri 17. de verb. obl.* At quas exceptiones hæc regula habeat in obligatione per extraneum acquirenda, & quid juris hodie hic obtineat, videbimus in §. 4. *infr. de inutil. stipul.* VINN. At regulæ huic obstare videtur, *leg. 15. ff. const. pecun.* ubi particulam salutarem NON intrudere non dubitat Fr. Hotomannus *Observ. IV. 12.* Sed perperam: quum ibi exceptio a regula occurrat, puta, quando quis ministerium tantum præbet. HEIN.

Excepto eo, quod per liberam personam placet acquiri possessionem) Excipit possessionem, quam placuit per quamlibet nobis acquiri, qui eam nostro nomine apprehendit, id est, hoc animo, ut velit nostro nomine possidere, *d. leg. 1. C. hoc tit. l. 1. Cod. de acq. poss. l. solutum 11. §. pen. de pign. act. l. traditio 20. §. ult. l. ea quæ 53. de acq. rer. dom.* (1) Qui locus etiam rationem suggerit, cur in possessione acquirenda singulariter hoc receptum sit, nimirum, quia possessio acquiritur actu naturali & corporali rei apprehensione: in quo facilius alteri operam navare & ministerium præstare possumus quam in iis, quæ civiliter acquiruntur citra istiusmodi actum, puta stipulando aut contrahendo, relictumque agnoscendo, & tamen hoc ipsum, ut per liberam personam possessio nobis quæratur, propter utilitatem contra stricti juris rationem constitutionibus introducta videtur, *d. l. 1. & l. 8. Cod. de acq. poss. d. leg. solutum 11. §. penult. de pign. act.*

Veluti per procuratorem) Procuratorem intelligo cum Bart. in *leg. qui mihi, 13. de donat.* Jas. & Zas. *in leg. 1. §. procuratorem, 20. de acq. poss.* non tantum qui speciale mandatum habet; sed etiam cui universorum bonorum administratio permissa est. Etenim cum procurator generalis & exigere possit, atque accipere, & emere, ac vendere, utique quatenus ratio administrationis hoc exposcit, §. *nihil autem, 42. sup. de rerum div. cum ibi notat.* hactenus non video, quid inter hunc & specialem procuratorem intersit. Plane extra causam administrationis ad acquirendam domino possessionem generale mandatum non sufficit; sed aut speciale requiritur, aut domini ratihabitio, *l. communis, 2. §. 1. de acq. poss.*

Non solum scientibus, sed & ignorantibus) Etiam ignorantibus possessionem per procuratorem nobis acquiri multis locis apertissime scriptum est, *l. si procurator, 13. de acquir. rer. dom. l. si me, 34. §. 1. l. possessio, 49. §. ult. de acquir. poss. l. 1. Cod. eodem.* Cui non obstat quod dicitur in *leg. ea quæ, 53. de acquir. rer. dom.* per quemlibet volentibus nobis possessionem acquiri. Hæc enim non pugnant, ignorantibus posse acquiri possessionem, & non acquiri nisi volentibus. Ignorare possumus, quo tempore procurator noster possessionem apprehendat: quandocumque autem hoc fit, nostra fit voluntate, qui ut apprehenderet mandavimus.

Et per possessionem dominium. Ut possessio nobis per procuratorem acquiritur, sic per possessionem dominium, si incipiat ab eo, qui dominus fuit, & dominium in nos transferre voluit, *d. l. 13. l. traditio, 20. §. ult. de acq. rer. dom. l. 18. Cod. de acquir. poss.* Etenim admisso eo, ut per liberam personam possessio nobis quæratur, necessarium hoc consequens fuit, ut dominium quæretur per possessionem prius quæsitam, si ea a rei domino transferendi dominii causa tradita esset. Fieri enim non potest, quin is, qui rem ex justa causa, hoc est, idonea ad transferendum dominium, traditam a domino possidere cœpit, dominus ejus rei statim efficiatur. Cum autem dicimus, possessionem & per hanc dominium per procuratorem nobis acquiri, non hoc intelligimus, acquiri hæc primum procuratori, a quo deinde ad nos transeant, sed ministerio procuratoris recta nobis acquiri possessionem, & per consequentiam quæsitæ possessionis eo casu, quo diximus, etiam dominium. Ex quo apparet [illegible] esse & alienum, num, quod DD. plerique hic afferunt, ideo facilius dominium ministerio alieno quæri, quam obligationem, quia jura personalia & obligationes magis inhærent ossibus hominum.

Vel

Vel usucapionem) Idest, usucapiendi occasionem. Hoc enim perpetuum est, ut quo casu dominium statim acquiratur, si dominus sit, qui tradit dominii transferendi causa, eo casu acquiratur jus usucapionis, si dominus non sit. Prætermissa autem hoc loco a Triboniano est insignis inter hos casus differentia. (3) Nam si is, qui procuratori meo rem meo nomine tradidit, dominus fuit, etiam ignoranti mihi dominium acquiritur, *d. leg.* 13. *di acq. rer. dom.* Si non fuit dominus, usucapiendi condictio mihi non quæritur, nisi postquam scientia mea intervenerit, *l.* 1. *C. de acq. poss. l. si emptam*, 47. *de usuc. l. possessio*, 49. §. *ult. de acquir. possess.* Hoc ideo, quia eum, quem usucapere volumus, non sufficit possidere, nisi & possideat bona fide, quam nemo dixerit eum habere, qui se possidere ignorat.

Aut longi temporis præscriptionem) Potuerat hoc omitti. Nam postquam ex duobus his generibus acquirendi, quæ prius fuerant, usucapione & præscriptione longi temporis, unum Justinianus fecit, *l. un. C. de usuc. trans.* satis fuisset, alterutrius tantum meminisse, aut usucapionis, aut præscriptionis.

TEXTUS.

Transitio.

7. *Hactenus tantisper admonuisse sufficiat, quemadmodum singulæ res vobis acquirantur. Nam legatorum jus, quo & ipso singulæ res vobis acquiruntur; item fideicommissorum, ubi singulæ res vobis relinquuntur, opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res vobis acquirantur. Si cui ergo hæredes facti sitis, sive cujus bonorum possessionem petieritis, vel si quem adrogaveritis, vel si cujus bona libertatum conservandarum causa vobis addicta fuerint, ejus res omnes ad vos transeunt. At prius de hæreditatibus dispiciamus. Quarum duplex conditio est. Nam vel ex testamento, vel ab intestato ad vos pertinent. Et prius est, ut de his dispiciamus, quæ ex testamento vobis obveniunt; quo in re necessarium est, initium de testamentis ordinandis exponere.*

NOTÆ.

7. *Si quis hæredes, &c.*) Ex modis acquirendi per universitatem, qui plures olim fuerunt, Vid. Cont. 1. *disp.* 12. soli manserunt hi quatuor, susceptio hæreditatis, bonorum possessionis agnitio, *inf. tit.* 10. *l.* 3. adrogatio, libertatum conservandarum causa bonorum addictio, *tit.* 11. & 12. *d. lib.* 3.

COMMENTARIUS.

1. *Verbis*, per universitatem, *non titulum acquirendi, sed rem quæ acquiritur, significari.*
2. *Ex veteribus acquirendi per universitatem modi. solos superesse quatuor, quos Justinianus commemorat.*
3. *Quid sit hæreditas?*
4. *Quibus modis deferatur?*
5. *Species acquisitionis per universitatem apud nos receptæ.*

EXpositis modis, quibus jure civili acquiruntur res singulæ, transit Imperator ad eos modos, quibus eodem jure acquiruntur universæ, sive quibus acquirimus per universitatem. Non minus autem hic spectandi modi ipsi & causæ acquirendi, quam universitas acquisitionis. Nam & legari & donari bonorum universitas potest, *l. non amplius*, 26. §. 2. *de legal.* 1. *leg. si umquam*, 8. *Cod. de revocat. donat.* potest & vendi, *tot. tit. de hæred. vend.* Sed tituli hi nihilominus natura sua singulares sunt, hoc est, comparati dumtaxat ad acquirendum res singulas: & ideo nec idem jus in universum acquirendi tribuunt, quod verbi causa hæreditas, idque cernitur in actionibus directis tam activis, quam passivis. Modi ipsi acquirendi soli universales sunt natura sua, ad quos nunc se Princeps confert.

Legatorum jus, item fideicommiss. opportunius inferiore loco) Occupat, & tacite removet, quod objici poterat de perturbatione ordinis, quod scilicet in disputatione de acquisitione juris civilis rerum singularum non omnes acquirendi modos, qui eo pertinent, exequatur, quod lex methodi videbatur exigere: sed parte eorum prætérita, ad aliud genus intempestive transeat: nam legata & fideicommissa non minus ad prius istud genus acquisitionis pertinere, quam usucapionem & donationem. Id ergo se non ignorare significat, & consulto tractationem de legatis & fideicommissis in alium locum rejecisse, eumque, qui longe sit opportunior: nam originem eorum, causam communem, & exitum flagitare omnino, ut de iis demum tractetur cognito jure testamentorum, *infr. de leg. in princip.*

Per universitatem) Hoc est, quibus universim & una acquisitione acquirimus bona alicujus omnia, res omnes & jus universum alterius, non separatim res singulas. Ita enim paulo post: *Si duo ergo hæredes facti sitis, &c. ejus res omnes ad vos transeant*, & Caius *lib.* 2. *tit. in princ. Per universitatem*, ait, *hoc est, simul omnia bona acquirimus hæreditate*, fac. *lex hæred.* 62. *de regul. jur. leg. nihil aliud*, 24. *de verb. signif. lex* 3. §. 2. *de bon. pos.* Dom. Vultejus putat, his verbis, *per universitatem*, titulum acquisitionis significari, non res acquirendas: sed oppido quam inepte. (1.) Quis enim umquam fundo audivit, titulo tribui universitatem, aut titulorum quosdam dici universos? Multorum istam collectionem arguunt. Quæ affectio cum tantum rerum propria sit, nec tamen omnium, hinc est, quod res quædam dicuntur singulæ, quædam universæ, & rerum sive bonorum quædam universitas, non tituli. Cæterum quemadmodum actiones, quibus bonorum universitatem petimus, ex objecto appellamus universales, qualis est petitio hæreditatis; quibus res singulas, qualis est rei vindicatio, singulares, aut speciales; *l.* 1. *l. in speciali*, 73. *de rei vind. l.* 1. *ut resp.* 15. *Cod. de trans.* ita & titulos, qiu pertinent ad acquirendum per universitatem, id est, res alicujus universas, universales; qui ad res singulas, singulares dicimus. In summa universitas non est causa sive titulus, neque etiam modus acquirendi, sed illud ipsum quod acquirebatur, veluti hæreditas, quam sibi delatam acquirit hæres adeundo, §. *ult. inf. de hær. qual.*

Si cui ergo hæredes facti, &c.) Olim modi, quibus per universitatem acquiritur, complures erant. Septem enumerat D. Anton. Contius *lib.* 1. *dis. cap.* 12. Ex quibus antiquati, successio per bonorum debitoris venditionem, & ea, quæ fiebat per redactionem liberæ mulieris in servitutem ex Senatusconsulto Claudiano, *infr. tit. de succ. sub. quæ fiebat per bon. vend. & ex Senatusconsulto Claudiano.* Item in manum conventio, seu coemptio, quæ itidem species erat successionis per universitatem. Nam olim cum mulier viro in manu-

nu convenisset, omnia, quæ mulieris erant, viri fiebant donis nomine, teste M. Tullio in *Topic. cap.* 4. in quem locum de ritu coemptionis, vide Boet. (2) Soli manserunt hi quatuor, quorum idcirco etiam mentionem tantum facit Justinianus, susceptio hæreditatis, bonorum possessionis agnitio, adrogatio, libertatum conservandarum causa bonorum addictio. Annumeratur tamen his & successio fisci, bona damnatorum, vel eorum, qui sine hærede moriuntur, occupantis, *arg. leg. deportatus*, 15. *de interd. & rel. leg.* 1. *& passim. de jur. fisc.* item ingressus monasterii. Nam Justinian. *Nov.* 5. *cap.* 5. unde *auth. ingressi C. de sacros. Eccles.* constituit, ut universa bona religionem ingressi acquirantur monasterio, extra quam si liberos habeat, inter quos substantiam suam dividere non prohibetur, una saltem parte sibi retenta, in quam monasterium succedat. Cæterum neque fisci, neque monasterii successio simpliciter universalis est, qualis est hæredis, bonorum Possessoris, &c. ut opera quoque agnoscere cogantur: licet enim teneantur respondere creditoribus, damnum tamen nullum sentiunt, si bona non sufficiant, Nicol. Burg. *ad consuet. Flandr. tract.* 13. *n.* 10. Ex quatuor autem modis per universitatem succedendi hic propositis unus est, per quem succeditur viventi, scilicet adrogatio: per cæteros succeditur defuncto.

Prius de hæreditatibus) In hoc explicando pars reliqua hujus libri & novem priores tituli sequentis consumuntur, nisi quod tractatio de legatis & fideicommissis inseritur propter argumenti conjunctionem. (3) Hæreditas proprie nihil aliud est, quam universum illud jus, quod defuncto vel in defunctum tempore mortis ejus competebat. Hinc illa apud nostros hæreditatis appellatio universitatem quamdam ac jus successionis demonstrat, *l. bonorum*, 208. *de verb. sign.* Juris nomen est, & ideo damnosam quoque hæreditatem continet, *l. hæreditatis*, 119. *l. pecuniæ*, 178. §. 1. *eod.* Item hæreditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet, ut loquitur Papinianus in *l. hæreditas*, 50. *de hær. pet.* Atque ut ostendant, eum hæredem dici, qui succedit in universum demortui jus, suscipitque ejus rei commodum & incommodum, ideo hæreditatem definiunt, esse successionem in universus jus, quod defunctus habuit, *l. nihil*, 24. *de verb. sign. l. hæreditas*, 62. *de reg. jur.* Proprie enim successio & succedere hæredis est, non hæreditatis: hæreditas vero illud jus, quod per successionem hæredi acquiritur, *tot. tit. de acq. hæred.* Atque ita ego definitionem istam explicare soleo, facem prælucente Ulpiano in *leg.* 3. *in princ. de bon. poss.* Diligentius hæc excussi *supr. tit. de reb. corp. & incorp.*

Vel testamento, vel ab intestato) Acquisitio hæreditatis duabus hisce rebus constat, delatione, & delatæ susceptione. Ex delatione est jus & titulus acquirendi, in susceptione modus. Et ideo non ante acquiri hæreditas potest, quam cum delata est, *l. si quis*, 12. §. 2. *de acq. hær.* & retro delata esse intelligitur, quam quis potest adeundo consequi, *l. delata*, 151. *de verb. sign.* (4) Defertur autem hæreditas aut testamento, aut lege ab intestato, *l.* 1. *&* 2. *seq. de hær. petend.* unde hæredes alii testamentarii, alii legitimi; item hæreditas testamentaria, & legitima, *l. in plurimt*, 70. *de acq. hær. l.* 6. §. 2. *quæ in fraud. cred.* Sciendum autem est, primum agi hic de delatione hæreditatis directa: nam indirecto, hoc est, per fideicommissum, non testamento tantum, sed etiam codicillis relinqui hæreditas potest; nec solum testamento facto, verum etiam ab intestato: & is, cui ex fideicommisso restituta est hæreditas, ex Senatusconsulto Trebelliano hæredis loco habetur, de quo demum tit. *de fideic. hær.* qui est antepenultimus hujus libri. Deinde agi de hæreditate, quæ defertur & acquiritur jure civili: cæteroquin jure prætorio & bonorum possessor effectus hæres est, & bonorum possessio, quæ hic ab hæreditate separatur, vi ipsa nihil aliud, quam hæreditas, *l.* 1. 2. 3. *de bon. poss. l. hæred.* 138. *de verb. sign.* Tantum in tempore & modo acquirendi nonnulla dissimilitudo, ut videbimus suo loco *infr. de bon. poss.*

Quæ ex testamento obveniunt) Ordinarium fuit ante de judiciis testantium, deinde de successione ab intestato loqui, ait Ulp. *l. si tab. testam. nul. ext.* nimirum quia prior semper ratio fuit hæreditatis testamentariæ, quam legitimæ. Nam verbis legis duodecim tabularum, *uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*, sic confirmantur judicia testantium, quamdiu hæc proferuntur, atque ex testamento adiri potest hæreditas, si ab intestato non deferatur, *l. quamdiu*, 39. *de acq. hær.* Quoniam autem ad hoc ut testamento deferatur hæreditas & acquiri possit, requiritur, ut testamentum justum sit, hoc est, secundum regulas & præcepta juris civilis ordinatum, ideo subjicit, necessarium esse expositionem ejus rei ab ordinatione testamentorum inchoare.

(5) Ex omnibus per universitatem acquisitionibus, quæ unquam apud Romanos fuerunt, sola apud nos in usu est ea, quæ fit per susceptionem hæreditatis; bonorum enim possessores nulli, sed hæredes omnes sunt & appellantur, qui vel ex testamento, vel ab intestato defuncto succedunt, eodemque modo omnibus jure civili Batavorum hæreditas acquiritur. Acquisitio quoque per adrogationem, & ea, quam tribuebat pro conservatione libertatum bonorum addictio, nullum usum in hisce regionibus habere possunt, cum nec adoptionis in totum ulla vis sit, nec servos agnoscamus, ut alibi relatum. Cæterum duæ aliæ species acquisitionis per universitatem moribus nostris receptæ, quas ignorat jus civile Romanorum; una per nuptias, altera per voluntatem supremam præmorientis conjugis. Nam ex consuetudine generali Hollandiæ & VVestfrisiæ, nuptiis contractis, bona conjugum confunduntur & communicantur, nisi pactis antenuptialibus aliter cautum sit. Atque hinc stante matrimonio debita unius ex bonis alterius exsolvi possunt. Habetque locum hæc confusio etiam in nuptiis repetitis. Utique bona feudalia in hanc communionem non veniunt. Antiquitus quoque moris fuit, ut vidua liberos minores natu habens maneret in possessione, & quasi dominio communi familiæ, fructusque sola perciperet, pro quibus liberos communes aleret, usque dum filiorum natu maximus perfectæ ætatis factus esset: sed hodie hoc amplius non obtinet, nisi ultima voluntate ut etiam pactionibus id cautum reperiatur, vid. Grot. *l.* 2. *manud. de jurisp. Batav. c.* 11. *&* 12. *seqq.*

TITULUS DECIMUS.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

Dig. Lib. 82. *Tit.* 1. *C. Lib.* 6. *Tit.* 23. *Nov.* 66. 119. *cap.* 9.

Genera testamentorum obiter exposita, & ratio ordinis Justiniani.

IN calce præcedentis tituli dictum est, cum quæritur de acquirenda hæreditate, quæ dicatur testamento

mento delata, in primis inspiciendum esse, an testamentum valeat, & rite ordinatum sit; eamque ob causam etiam initium hujus tractationis a doctrina de testamentis ordinandis, sive de ratione & modo testandi Imperatorem capere. Cæterum cum hæc doctrina ad omnium testamenta non pertineat, sed ad paganorum duntaxat, & ex his ad ea, quæ fide privata ordinantur, quorum scriptorum alia forma sit, alia non scriptorum; ut omnis confusio vitetur, prius genera testamentorum obiter secernemus, explicaturi deinde, quomodo singula fiant iis in locis, ubi hoc tangit Imperator. Testamentum in genere nihil aliud est, quam ultima voluntas, qua quis hæredem sibi sive bonorum successorem deligit. Et geminæ ejus sunt species: unum commune civium Romanorum, quod paganicum appellatur: alterum proprium militum, quod ideo militare. Utrumque rursus vel scriptum est, vel non scriptum, seu nuncupativum, §. *ult. infr. ord.* & §. 1. *tit. seq.* Et commune sive paganicum iterum vel publica fide ordinatur, *l. omnium*, 19. *C. tit.* vel fide privata. Cum autem sola paganorum testamenta, quæ quidem fide privata fiunt, adstricta sint legibus, quæ ad solemnitatem ordinationis pertinent, militaria his omnibus soluta, sciendum est nihil eorum, quæ de iis in conficiendo testamento observandis hoc loco & passim aliis ejusdem argumenti simpliciter traduntur, ad militaria testamenta pertinere, adeoque in toto jure, cum simpliciter testamentum nominatur, commune sive paganicum intelligi. Paganorum testamenta, ut recte fiant, & jure civili rata sint, in hisce tribus positum est: in persona testantis; in forma testandi & modo; in rebus, quas testamentum necessario complecti debet. Quod Cajus *l. 4. hoc tit.* sic expressit: *Si quæramus*, inquit, *an valeat testamentum, in primis animadvertere debemus, an is, qui fecerit testamentum, habuerit testamenti factionem; deinde si habuerit, requiremus, an secundum regulas juris civilis testatus sit.* Regulæ vero istæ pertinent vel ad modum testandi, vel ad res, quas testamento, ut valeat, complecti necesse est. Atque hæc omnia etiam a Justiniano ordine tractantur: verum orditur ille a testandi modo. De personis testantium agit secundo loco, *inf. tit.* 12. de rebus quarum insertio ad vim testamenti necessaria, *tit.* 13. & 14. Recenset hic primum historiæ causa antiquatas atque obsoletas testandi formas; deinde explicat, quo ritu postea testamenta fieri cœperint, primum per scripturam, deinde sine scriptura, voluntate palam nuncupata. Cæterum hæc omnia pertinent ad ea testamenta, quæ fiunt fide privata. Publica autem fide si quis testari velit (quod hic a Justiniano omissum) poterit id facere vel coram Principe per supplicationem, vel apud acta judicis aut municipum: & tunc neque testes, neque alia solemnitas desideratur, *l. omnia*, 19. *C. h. tit.* & ibi Glossa & DD. add. Mynsin. 6. *observ.* 29. Boet. *decis.* 228. Christin. *vol.* 4. *decis.* 7. *num.* 4.

TEXTUS.

Etymologia.

Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis sit.

NOTÆ.

Testatio mentis) Allusio potius quam ἐτυμολογία, cujusmodi nostris sæpe obrepunt, *l. 1. de acq. poss. l. de nov. leg.* 2. §. 2. *de reb. cred. l.* 35. §. 1. *de mort. caus. don.* Definitionem habes apud Modest. *l. 1. ff. h. tit.* Ulp. *tit.* 20. Vide plura in Comment.

COMMENTARIUS.

1. *Non proponi hic veram testamenti notionem, sed allusione quadam etymologica ostendi rei & vocis convenientiam.*
2. *Definitio testamenti, quæ Modestinum auctorem habet, examinata, & perfectiores productæ.*
3. *Testamentorum usum generaliter consideratum esse ex jure gentium; specialiter ex jure civili.*
4. *Apud plerosque populos tam liberam non fuisse, neque etiam nunc esse, testandi & legandi potestatem, quam apud Romanos fuit.*

QUod *testatio mentis sit*) Allusione quadam etymologica ostendit rei & vocis convenientiam; imitatus S. Sulpicium, qui quo efficacius vim rei exprimeret, testamentum dixit esse verbum duplex compositum a contestatione mentis. Estque hujusmodi allusiva derivandi ratio omnibus auctoribus admodum familiaris; in jocis venustas delectat; in rebus feriis etiam utilitate sua, quam in rem declarandam habet, commendabilis. Qualis est illa Ciceronis, qui *l. 1. de offic. cap. 6. fidem ex eo appellatam*, scribit, *quia fiat, quod dictum est.* Item illa Augustini, quod *mentiri inde dictum, quod sit contra mentem ire.* Similis est illa apud Priscianum: *argumentatio dicta est, quasi argutæ mentis oratio.* Apud nostros etiam crebro id genus occurrit. Talis est illa Pauli & Labeonis, qui possessionem appellatam scribunt a sedium positione, *leg. 1. in princ. de acquir. possess.* Et Ulpianus qui ait, donationem nomen accepisse a nova obligatione, *l. 1. de nov.* Ejusdem generis inveniuntur & in *leg. 1. de damn. infr. leg. senatus*, 35. §. 1. *de mort. caus. don. leg.* 2. §. 2. *de reb. cred.* Nec absimilis est illa Celsi dicentis, jus a Justitia appellatum esse, *leg. 1. in princip. de just. & jur.* Hæc autem, & his similia, licet non dicantur ex vero, speciosam tamen veri arguendi vim habent, sicuti exempla & comparationes fictæ non minus arguunt, quam veræ. Nullamque omnino causam video, cur Servium allusionis propositæ auctorem carpat Aul. Gell. 6. *noct. Attic.* 12. aut in Justinianum tam inclementer invehatur. Valla *l. 8. elegant.* 56. ut dicat, eum explosam atque derisam etymologiam denuo inculcasse; dignus profecto ipse, qui sibilo explodatur. Quis enim nescit, testamentum esse verbum non compositum, sed simplex? Et si de vera ejus originatione quæratur, dictum esse a testando? Quod autem convenit & verbo & simul rei, *testatio mentis*, fortuitum esse, nec in aliis verbis per hujuscemodi formam productis idem evenire, atque ideo nec per similem allusionem declarari posse? Et irascor Gœddeo, qui in *leg. nomen*, 164. *de verb. signif.* contendit, eamdem hanc derivandi rationem etiam accommodari posse verbis *vestimentum*, *ornamentum*, *calceamentum*, & ejusdem productionis cæteris; lepida scilicet ratione quia & sartor, sutor, &c. mentis judicio in opere faciundo utuntur, aut quia nemo sine mente se vestit, ornat, calceat. Et igitur si Gœddeo credimus, vestimentum ex eo appellatum recte dici poterit, quod vestitio men-

mentis sit, calceamentum, quod sit calceatio mentis: an igitur & excrementum, quod sit mentis excretio? Mallem dixisset Cerberum se metuere, quam hæc tam temere atque inconsiderate effutiisset. Apparet autem ex verbis hujus textus & disputatione Gellii, Justinianum & Servium non definitionem aut descriptionem aliquam testamenti, sive ipsius rei proponere voluisse, sed indicare rationem nominis, ἐξ ἐτυμολογίας, ἀπὸ τοῦ ἐτύμου λόγου. Quæ & Theophili mens est, licet aliud videatur doctissimo Salmasio *lib. de usur. cap.* 1. VINN. Recte omnino auctor noster: cujus observationibus id adde, quod auctores nostri hic Stoam suo more imitentur. Iis enim philosophis hujusmodi allusiones erant familiarissimæ. Cic. *de offic. lib.* 1. *cap.* 6. Seneca *Epist.* 88. Vidit jam hoc Vir eximius Em. Merill. *Obs. lib.* 1. *cap.* 10. & ante eum summus Cujac. *Obs. lib.* 11. *cap.* 37. Addenda etiam quæ hanc in rem contra Laurent. Vallam disputant viri docti apud Clariss. Ducker. *de Latin. vet. Jurisc. pag.* 23. *seq.* & *pag.* 462. Scip. Gentil. *Prig. ad ff.* & Ægid. Menag. *Amænit. jur. cap.* 39. HEIN.

Descriptionem testamenti habemus apud Modestinum, *l.* 1. *h. t. Testamentum*, inquit, *est voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*. (2) Justam sententiam si accipimus solemnem, aut plenam, hoc est, integram & de omnibus bonis, (utraque enim significatio huic verbo convenit) hac nota satis removebuntur codicilli. Expressior tamen est illa Ulpian. *in frag. tit.* 20. qui sic definit: *Testamentum est mentis nostræ justa contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat*. Quod Modestinus voluntatis sententiam, Ulpianus contestationem dixit, uti & in *l. qui testamento*, 20. §. *& veteres*, 8. *hoc tit.* contestationem supremam: quoniam non est simplex voluntatis enuntiatio aut demonstratio, sed testata, hoc est, declarata & exposita apud eos, qui, ut testes essent, rogati sunt hoc modo: *Hæc uti in tabulis scripta sunt, ita vos, Quirites, testor. Itaque testimonium præbitote*. Perfectissima autem erit definitio, si ita dicamus: *Testamentum est suprema contestatio in id solemniter facta, ut quem volumus post mortem nostram habeamus hæredem*. Nam legata ad testamenti substantiam non pertinent, *l.* 1. §. 3. *de hær. inst.* Sunt autem hæ definitiones conceptæ de iis testamentis duntaxat, quæ fiunt jure communi omnium Civ. Rom. ad ea quæ fiunt jure proprio & singulari, qualia sunt militum, *de quibus titulo sequenti*, & quorumdam etiam paganorum, de quibus non obiter *ad* §. 4. *num.* 3. *infr. h. t.* non pertinent. (3) Quæri hoc loco solet, cui juri adscribenda testamenti factio, utrum juri gentium an civili? Dicendum est, si generaliter, simpliciter & indefinite usus testamentorum consideretur, eum esse ex jure gentium: si specialiter & definite, ex jure civili. Neque aliud Interpp. sentiunt, cum originem testamentorum ad jus gentium referunt, formam ad jus civile: formam nimirum propriam & modum testandi peculiarem cujusque Reipublicæ. Nemo enim, opinor, tam ineptus est, ut putet, rem ullam esse sine forma; aut simplicem & secundum jus gentium testandi rationem, qualis in militum testamentis cernitur, forma carere. Breviter, ut liceat morituris disponere de rebus suis, ex jure gentium est; ut non aliter liceat, quam hoc vel illo modo, ex jure civili. Hujus rei non leve argumentum est, licet a posteriori concludat, quod apud omnes fere gentes in usu testamenta fuerunt, sive jus cavendi de eo, quod quis post mortem suam fieri vellet. Philosophorum supremas aliquot voluntates refert Diog. Laertius in *vitis Philosop.* Isaias Propheta annuntiat Ezechiæ regi Judæ, ut domui suæ prospiciat, quasi mox morituro, 2. *Reg.* 20. & Tacitus de Germanis nostris, ut singulare aliquid, quod nullum apud eos testamentum esset *lib. de mor. Germ. cap.* 20. Idem quoque arguit, quod miles, qui secundum jus gentium testari creditur, deportatum hæredem instituere potest, *leg.* 13. §. 2. *de testam. mil.* junct. *leg.* 17. *de pœn.* Et secundum hæc ad populum Constantinus; *Nihil est*, inquit, *quod magis hominibus debeatur quam ut supremæ voluntatis (postquam jam aliud velle non possunt) liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redit, arbitrium*, *leg.* 1. *Codic. de sacros. Eccles.* Reperiuntur tamen, qui testamenti factionem toto suo genere juris mere civilis esse contendunt, ac ne illud quidem nobis concedunt quod dicimus, rem ipsam simpliciter & per se consideratam esse juris gentium. Negant, rationi & simplicitati juris gentium convenire, ut quis disponat de re non sua: id autem eum facere ajunt, qui disponit in id tempus, quo dominus esse desinit. Sed assumptio hæc falsa est. Non enim de re aliena, sed sua, nimirum eo tempore, quo adhuc dominus est, testator disponit, & quid fieri velit, ordinat: licet executionem voluntatis in tempus mortis suæ suspendat. Quod non magis pugnat cum ratione naturali, quam si quis bona sua omnia alicui donaret ea lege, ut ipse, quod vivat, usum possessionemque eorum retineat. Nam ut recte docet D. Grotius *lib.* 2. *de jur. bel. & pac. cap.* 6. *num.* 14. testamentum vi ipsa nihil aliud est, quam alienatio in mortis eventum ante eam revocabilis, retento interim jure possidendi ac fruendi. Ex eo quoque quod successio, quæ jure sanguinis ab intestato defertur, revera ex jure communi est, male colligas, alienum esse e ratione ejusdem juris, ultima voluntate de bonis suis cavere. Etenim ne illo quidem jure putandum est, defuncti bona simpliciter addici proximis, sed in defectum supremæ voluntatis ejus, qui dominus fuit, *argument.* §. *per traditionem*, 40. *supr. de rerum divis. dict. leg.* 1. *Codic. de sacros. Eccles.* quem naturæ legis ordinem etiam in deferenda hæreditatem lex duodecim tabularum secuta est. Reliqua, quæ contra objiciuntur, parvi ponderis sunt, quale est illud quod Papinianus scribit, testamenti factionem non privati, sed publici juris esse, *leg.* 3. *hoc titul.* Nam si jus publicum proprie accipimus, quod utilitate publicum est, ut in divisione juris proposita, §. *ultim. sup. de justit. & jur. l.* 1. §. 2. *eod.* testamenti factio juris privati est. Publici autem juris esse dicitur oppositive ad contractus & conventiones, quia auctoritate publica est, *leg.* 1. *ad leg. Falc. leg. verbis*, 120. *de verbor. signif.* nec ut contractus privati cujusque arbitrio, sed legum potestate regitur, *leg. ultim. de suis & legit. hæredib.* quamquam & quæ ad jus publicum proprie pertinent, magnam partem ex moribus & institutis aliarum gentium Romani petierunt. Quod pluribus exposui ad *dict.* §. *ultim.* Neque majoris momenti est, quod de deportato profertur, eum nec testamentum facere, nec ex eo capere posse, *leg.* 8. §. 1. *hoc tit. leg.* 1. *Cod. de hær. instit.* qui tamen omnia, quæ sunt juris gentium, retinet, *leg. sunt quidem*, 17. §. 1. *de pœn.* Nam nec matrimonium contrahere potest, nec patriam potestatem, nec tutelam, nec jus successionis cognationi tributum retinet. Nimirum etsi hæc omnia ex jure gentium tamquam ex communi fonte populus Romanus hauserit, pro-

propria tamen sibi fecit, & a communione eorum arcuit peregrinos. Neque enim hoc dicimus, testamentum esse juris gentium, quo modo contractus & commercia juris gentium esse dicuntur, sed ex jure gentium & civili ita conflatum, ut quamvis hic præcipue partes sunt juris civilis, & ob id etiam inter ea, quæ juris civilis sunt, testamentum numerandum; tamen numerandum inter ea, quæ mixti juris sunt, non quæ mere civilis & positivi: quoniam ex ratione juris gentium est, ut quis moriturus de bonis suis possit disponere; quo sensu etiam in Institutionibus Græcis inter exempla juris gentium refertur τὸ διαθήκας συγγράφειν, *tit. de re jur. natur. & gent. in princ.* Revise ad ea, quæ sub §. 1. *ejusdem titul.* a nobis tradita sunt. Illud plane ridiculum est, quod ex eo, quod Tacitus scribit, apud Germanos suo tempore usum testamentorum non fuisse, nonnulli colligunt, testamenti factionem cum jure gentium non consentire. Nam usum quoque emptionis & venditionis Germanos ignorasse idem Tacitus eodem loco prodidit, cum apud eos nummus non esset, & cerebrosi hominis est, ex usu unius populi & rudis adhuc de jure gentium judicare. Add. doctiss. Vigil. *ad* §.2. *h. tit.* VINN. Non adeo expedita res videtur, testamenti factionem esse juris gentium: sive per illud intelligas jus, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, sive quod usu & necessitate exigente homines inter se constituisse dicuntur. Nec rationes Vinnii id evincunt. Nam (1) multæ gentes condiderunt testamenta, sed non omnes. Non Germani, *Tacit. de mor. Germ. cap.*20. non Athenienses ante Solonem, Plutarc. *in Solon. pag.* 90. non Hebræi, Seld. *de success. in bon. Hebr. cap.* 24. non Indi denique, veluti Siamenses, De la Loubere *de Royame de Siam. Tom.* 1. *part.* 2. *ch.* 7. *num.* 9. Deinde (2) omnino rationi naturali repugnant, alicui jus esse statuendi de rebus suis ita, ut voluntas post mortem valere incipiat, ubi jam velle desiit, & mors omnia solvit. Quod animadvertens vir acutissimus Leibnitius in *nova methodo Jurisp.* 56. *seq.* ad animarum immortalitatem confugit, ut sic perdurare voluntas mortuorum videatur, quod nimis dilutum est. (3) Nec donationis exemplum a Vinnio adductum quadrat. Nam qui donat inter vivos, statim dominium transfert, quamvis sibi usum possessionemque reservet. (4) Grotii definitio non exhaurit naturam testamenti, de quo nobis quæstio est. Quis enim dixerit, testatorem, quoad vivit, tantum jus possidendi, & fruendi sibi reservare, quum res suas vendere, donare, quin ipsam ultimam voluntatem mutare possit? Et quis dixerit, eam alienationem esse revocabilem, qua nihil alienatur, & quæ revocari potest, antequam valere cœpit? (5) Denique nec usu & necessitate exigente testamenta inventa sunt, quum nulla necessitas fingi possit, quæ homines adegerit ad testandum, quum jam leges extent de successione, immo hæc testamenti factio sæpe incommodis oneret rempublicam. Vide Hert. *Elementor. Politic. Part. II. section.* 11. §. 53. HEIN.

(4) Adjicio, ὡς παρ᾽ ἐμοὶ multis visum, e Republica aliquando esse, nimiam testandi & legandi libertatem præcedere; præsertim in Optimatum statu, & hactenus ut ne cui liceat prædia paterna aut avita legare. Quin etiam Bodinus *l.* 5. *de rep. cap.* 2. auctor est, solis Atheniensibus usurpatam fuisse infinitam legandi licentiam, eamque Decemviros a Solone acceptam in duodecim tabulas retulisse, & populo Romano proposuisse his verbis, *Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*, *leg. verbis legis*, 120. *de verbor. signif.* Cæterum autem gentium omnium unam legem fuisse, ne prædia testamento legare liceret: eoque jure adhuc Polonos, Danos, Svecos, aliosque populos uti. Nos scimus, idem fere etiamnum obtinere in Geldria, & Diœcesi Trajectina, locis Bataviæ nostræ proxime adjacentibus. Excepta apud nos sunt bona feudalia, quæ testamento dare, aut legare non licet sine indulgentia Ordinum hujus Provinciæ. At impetrata de his testandi licentia, potest vassallus feudum cui velit testamento relinquere, modo is cui relinquitur ex justo matrimonio procreatus sit. Et potest hoc facere etiam sine permissu ejus, qui proximus feudi dominus est sine consensu successorum feudi ab intestato. Simplex indulgentia non plus juris vassallo tribuit, quam semel de bonis feudalibus directo disponere possit vel instituendo vel legando: plures autem gradus faciendi potestas aut substituendi sive directo, sive fideicommissum non aliter competit, quam si hoc quoque specialiter diplomate comprehensum fuerit, Grotius 2. *man. cap.* 41. *& ib.* Groen. *in not. not. feud.* §. 24. Apud Ultrajectenses etiam simplex indulgentia potestatem substituendi tribuit, sed semel duntaxat.

T E X T U S.

De antiquis modis testandi civilibus.

2. *Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est, olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse; quorum altero in pace & otio utebantur, quod calatis comitiis appellabant: altero, cum in prælium exituri essent, quod procinctum dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur per æs & libram, scilicet quod per emancipationem, id est, imaginariam quamdam venditionem agebatur, quinque testibus & libripende, civibus Romanis puberibus præsentibus, & eo, qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt: quod vero per æs & libram fiebat, licet diutius permanserit, attamen partim & hoc in usu esse desiit.*

N O T Æ.

Calatis comitiis) Calato seu convocato per lictorem curiatum populo, testamentorum confirmandorum causa: curiata enim hæc erant comitia, non centuriata, aut tributa. Gell. *l.* 15. *cap.* 27. Gruch. *in præf. lib. de comitl* In Glossis, *calata comitia*, ἀρχαιρέσια δι᾽ ὧν ἤρας γίνεται. Vide infra in Comment.

Per emancipationem) Emancipare & mancipare proprie est ære & libra vendere, & in dominium alicui tradere. Horat. *Epist.* 2. *leg.* 2. *v.* 158. *Si proprium est, quod quis libra mercatus & ære est.* Per translationem prædicatur de qualibet alienatione & subjectione. Plaut. *Bacch. & Curcul.* Cicer. *Phil.* 2. *& Cat. Maj.*

Imaginariam venditionem) Imaginaria dicitur, quia pretium non interveniebat; sed νύμμου χάριν sestertius nummus, vid. Cujac. 10. *obs.* 37.

Quinque testibus) Aderant præter libripendem testes quinque, cives Romani puberes, certisque verbis hic actus perficiebatur. Vid. Ulp. *tit.* 19. §. 2. *& tit.* 20. §. 1. *&* 8. & Boet. *in Topic.* ubi ex Cajo etiam formulam mancipationis refert, add. Salm. *de usur. cap.* 8.

Fa-

Familiæ emptor) Sveton. *Neron. cap.* 4. *Familiæ emptor*, id est, hæreditatis: qui initio erat ipse hæres futurus, §. 10. *infra eodem*, postea autem alius ab herede, manceps fiduciarius, qui hæredi familiam remanciparet. Theophilus quod Plutarcho *lib.* 2. *de serv. n. vind.* absurdum videtur.

In desuetudinem) Causam te docebit Theophilus.

COMMENTARIUS.

1. *Comitiorum genera obiter exposita, & ostensum quibus comitiis testamenta fieri solebant.*
2. *De testamento, quod veteribus* endo procinctu.
3. *De testamento per æs & libram.*
4. *Quando superiora genera testamentorum in usu esse desierint.*

QUO ratio juris de forma & modo faciendorum testamentorum postea constitui facilius & perfectius intelligatur, necessarium putavit Justinianus, a primordio rem totam repetere. Et sunt sane multa in jure novo & posterioribus temporibus constituta, quæ sine veteris notitia perfecte intelligi non possunt: idque non tantum in re hic proposita; sed etiam in plerisque aliis Juris Justinianæi partibus accidit. Accommodari huc potest illud Senecæ *lib. 6. de benef. cap.* 1. *Etiam quod discere supervacuum est, prodest cognoscere.* Ait autem, primis temporibus duo genera testamentorum populo Romano in usu fuisse, quorum altero quod calatis comitiis dicebatur, utebantur in pace & otio; altero, quod procinctum, cum in prælium procincti educerentur: accessisse autem postea & tertium genus, quod per æs & libram fiebat. Atque hujus rei testem habemus etiam Aulum Gellium, qui *lib.* 15. *noct. Attic. cap.* 27. sic scribit: *Tria genera testamentorum fuisse accipimus; unum, quod calatis comitiis in concione populi fieret; alterum, quod in procinctu, cum viri ad prælium faciendum in aciem vocabantur; tertium per familiæ emancipationem, cui æs & libra adhiberetur.* Idem quoque tradit Ulpian. *in fragm. tit.* 20.

Quod calatis comitiis appellabant) Tribonianus non satisfacit studiosis antiquitatis, dum hoc genus indicat, non exponit. Sed & interpretes paucis de eo agunt, nec explent desiderium hominis curiosi. Quomobrem ne quid antiqui moris ignoretur, videndum est, quænam ista comitia, quæ Justinianus, Ulpianus & Gellius calata appellant, fuerint; & unde hoc iis solis nomen, quod videtur omnibus communiter convenire. (1) Patet ex scriptis veterum, maxime Ciceronis, Livii & Dionysii Halicarnassei, tria fuisse eaque diversa comitiorum genera; curiata, centuriata & tributa: quorum antiquissima curiata. Nam ex quo Curiæ primum a Romulo institutæ sunt, usque ad tempora Servii Tulli VI. Romanorum Regis omnia, quæ suffragiis populi a Regibus committebantur, curiatis comitiis peracta fuere: ut ex eo intelligi potest, quod necdum centuriæ, nec tribus erant, quæ suffragium dicere possent. Itaque non modo reges, sed cæteros etiam magistratus curiatis comitiis creatos fuisse interpretandum est, cum apud auctores reperimus, a populo eos creatos: & leges omnes, quæ ad illud usque tempus latæ sunt, curiatæ fuerunt: & judicium Horatii a populo curiatis comitiis peractum est. At post classes a Servio rege institutas, tum duo cœperunt esse comitiorum genera, curiata, & centuriata; atque illis duobus tantum usus est populus usque ad judicium Coriolani: qui fuit annus ab urbe condita 263. quo primum instituta sunt tributa comitia: & curiata minus ex eo tempore frequentari cœperunt. Curiata comitia dicebantur, in quibus populus curiatim suffragium dicebat, hoc est, in quibus populus per curias divisus sententiam rogabatur; ut quod plures curiæ statuissent, id jussum populi diceretur: nec auspicato fieri poterant, nisi intra pomœrium, idque in foro, adeoque in comitio. Centuriata erant, quibus populus per classium centurias divisus suffragium ferebat, ita ut suffragia colligerentur, centuriatim, & quod plures centuriæ jussissent: id jus ratumque esset. Hæc intra pomœrium haberi non poterant: locus ei destinatus erat campus Martius. Tributa comitia dicta, cum populus tributum sive per tribus divisus suffragium iniret, in quibus quod plures tribus jussissent aut vetuissent, spectabatur. Hæc autem diversa fuisse a curiatis, argumentum est, quod tribus a curiis semper diversæ fuerunt: quodque intra aut extra pomœrium haberentur, nulla religio erat. Jus habendi comitia solis Magistratibus fuit, nisi de sacris esset agendum: & quidem solis patriciis & majoribus magistratibus curiata & centuriata; tributa etiam Tribunis plebis. Sacrorum autem causa Pontifices jus habuerunt vocandi comitia tam centuriata, puta creando Regi sacrificulo, quam curiata; nam fallitur Dom. Wesembecius, dum existimat, magistratus coegisse centuriata comitia, calata pontifices. Causæ habendorum comitiorum variæ; ad creandos magistratus aut confirmandos, ad leges ferendas, judicia exercenda, sacerdotes inaugurandos, detestationis sacrorum, adrogationum, & testamentorum faciendorum causa; nec tamen unæ omnium, nec eædem omnium omnibus temporibus. Singula exequi ad institutum non opus est: adeundi Nicol. Gruchius, & Carol. Sigonius, qui de comitiis Roman. scripserunt ex professo. Cum igitur præter ea, quæ diximus, nulla alia fuerint comitia, necesse est calata, quorum hic mentio fit, speciem unam ex his fuisse. Non fuere autem centuriata: alioquin sequeretur, nec in urbe testari Quirites potuisse, nec omnino primis temporibus testari ante tempora Servii Regis, ad quorum primum centuriata comitia instituta sunt. Multo minus putandum est, hæc comitia tributa fuisse; quippe quorum usus nullus fuit ante judicium Coriolani. Relinquitur ergo, ut curiata fuerint, quæ sola primis temporibus, cum in concione testamenta fiebant, in urbe haberentur. Idque etiam Gellius non obscure indicat loco superius citato, cum ait, iisdem comitiis calatis sacrorum detestationes & testamenta fieri solita. At ante legem Papyriam, quæ vetuit ædes, terram, aram consecrare injussu plebis, teste Cicerone *pro domo*, consecrationes a Pontificibus factas curiatis comitiis docet Gruch. *lib. de comit. Rom. cap.* 2. Igitur quod in concione calatis comitiis testamenta olim fieri solita dicuntur, calatis comitiis, hoc est, convocato testamentorum confirmandorum causa populo, non centuriatim sive per centurias classium (ut D. Vigilius existimat) neque per tribus, sed per curias, idque a collegio pontificum. Ex eo autem quod veteribus frequens usus erat verbi *calo*, quod Græcum est, unde nomina *calendæ*, *curia*, *calabra*, *classis*, &c. Macrob. 1. *Satur.* 15. existimare licet, initio comitia omnia calata fuisse, sed postea cum id verbum in usu esse desiit, nomen calatorum comitiorum in his tantum, quæ pro collegio pontificum haberentur,

retentum esse, idque religionis & antiquitatis causa. Gellius sane, *d. l.* 15. *c.* 27. refert in Libro Lelii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum esse, Labeonem scribere, calata comitia esse, quæ pro collegio pontificum haberentur, aut regis sacrorum, aut flaminum inaugarandorum causa. Et paulo post, iisdem comitiis & testamenta condita. Ac credibile est, ideo pontifices testamentorum factionibus præfuisse, quia sacra, quæ ad eos pertinebant, una cum hæreditatibus transferrentur. Vicem horum testamentorum exhibere scribit D. Vigilius, quæ precibus Principi oblatis insecuntur, *juxta leg. omnium*, 19. *Cod. hoc tit.* Nam Princeps post legem regiam quodammodo universum populum repræsentat. Sed & testamentum, quod in actu magistratus municipumve refertur, ejus, quod calatis comitiis fiebat, quadanteaus locum subit, quia & ipsum publica fide fit, & quasi totius civitatis, *dict. leg. omnium*. VINN. Quæ hic Vinnius perspicue refert, ea maximam partem recte se habent, & plenius exponuntur a Gruchio & Sigonio. In eo tamen falli videtur (1) quod comitia calata testamentorum caussa convocata putat. Convocabantur enim legum ferendarum magistratuumque creandorum caussa, immo & ob alia negotia publica, bellum, pacem, judicia, &c. Testamenta autem, nihil aliud tum erant quam leges, rogatæ a magistratu, & curiarum suffragiis confirmatæ. Unde vocabulum *legare*, quasi legem ferre νομοθετεῖν *Novell.* 22. *cap.* 2. legis modo relinquere. Ulpian. *fragment. tit.* 24. §. 1. Deinde nec id (2) admittendum videtur, quod testamenta principi oblata, vel in actu magistratus municipumve relata in testamentorum, quæ calatis comitiis facta sint, locum successisse existimat: quum complura ante sæcula obsolevissent comitia calata, testamentaque in iis fieri solita, quum hæc testamenta principi, vel magistratibus oblata invenirentur. HEIN.

(2) *Quod procinctum dicebatur*) Alterum testamenti genus antiquitus usurpatum, cum ad pugnam ituri essent, incerti an essent redituri, procinctum appellatum esse ait: pro quo malim *in procinctu*: nam testamentum inepte procinctum dixeris; licet Theophilus quoque *procinctum* legat, ut verisimile sit, ita Tribonianum scripsisse. At enim veteres ita locuti non sunt, ut hoc epitheton ipsi testamento apponerent; sed procinctum militem, procinctum exercitum, procinctam classem dicebant, id est, multitudinem hominum ad prælium instructam & paratam: eo quod togis incincti olim pugnabant, quo expeditiores essent, teste Festo. Hinc *procinctus*, pro *exercitus*. Ammian. *lib.* 18. *procinctus adventans*. Testamenta autem quæ pugnaturi instructa acie nuncupabant, *endo procinctu* vel *in procinctu* appellabant. Gloss. Lat. Græco *endo procinctu*, ἐξωπλισμένοι ἐν ὑπηρεσίᾳ. Lucillus Balbus apud Cicer. 2. *de natur. deor. cap.* 3. Itaque *maximæ Reipublicæ partes in his bello, quibus Reipublicæ salus continetur, nullis auspiciis administrantur, nulla perennia servantur, nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur, ex quo in procinctum testamenta perierunt*. Et *lib.* 1. *de Orat. c.* 33. apud eumdem Antonius: *Qui duos filius suos parvos tutelæ populi Romani commendasset, ac se, tam quam in procinctu testamentum facere sine libra atque tabulis, populum Romanum tutorem instituere dixisset illorum orbitati*. Ita quoque Festus, Gellius, Ulpianus *dd. leg.* Plutarchus *in Coriolan. p.* 198. ita hanc rem explicat. Erat eo tempore, inquit, mos Romanis prælium inituris scutaque sumpturis, περιζώννυσθαι τήβεννον, *præcingere togam*, simulque διαθήκας ἀγράφους, *testamenta sine scripto facere*, & tribus aut quatuor audientibus hæredem nuncupare. VINN. Immo in textu Plutarchi est τριῶν ἢ τεττάρων, qui conficiunt septem. Forte ἢ pro ῆ ponitur, particula copulativa pro disjunctiva, quod sæpe & alibi fit. Vid. Jo. Strauch. *Lex. partic. in voce*. Et HEIN.

(3) *Quod dicebatur per æs & libram*) Ἀπαίσιον: ut scribit Theophilus, hoc est, *inauspicatum* veteribus visum fuit, sano & valente corpore testamentum facere velle, extra quam si præsens periculum foret, veluti si in hostem pugnandum esset aut comitia testamentis faciendis ex professo haberentur: quod his tantum in anno, si eidem Theophilo credimus, fiebat. Sed cum hinc eveniret, ut ne ægrotantibus quidem semper libera esset testamenti factio, nec fœminæ, quibus nulla comitiorum communio erat, teste Gellio *l.* 5. *c.* 19. ulla ratione restari possent; excogitata postea est tertia testandi ratio, secundum quam & quovis loco ac tempore & fœminis etiam suprema judicia ordinare liceret. Hic modus restandi per æs & libram dictus, quia per emancipationem, in qua æs & libra adhibebatur, fiebat: unde hæres per æs & libram apud Ciceronem 2. *de legib.* Et, sciendum est, Romanos primis temporibus ære gravi atque argento rudi, non signato, usos fuisse pro pecunia, atque hæc appendere, non numerare solitos: signata pecunia demum post Pyrrhum Regem devictum uti cœpisse, eamque numerare, auctore Plinio *lib.* 33. *cap.* 3. Verba tamen vetera etiam postea retenta sunt, ut pendo, adpendo, expendo nominaque ab his derivata: & imago quædam vetusti moris in venditione atque alienatione rerum mancipi, quæ uno verbo mancipatio dicitur, (Cic. *in Topic. cap.* 10. traditionem nexu vocat, propterea quod hæc mancipationem sequebatur) nimirum ut is, in quem hæ res transferebantur, eas emeret a domino ære & libra, appenso ei νόμμα χάριν, dicis causa, nummo uno. Atque hoc modo plenissimo & optimo jure dominium in accipientem transferebatur, pleno scilicet jure Quiritium: cum alioqui bonitarium dumtaxat transiret. Quo accommodandum illud *Epist. lib.* 11. *Epist.* 3. o. 158. *Si proprium est, quod quis libra mercatus & ære est*. Aderant præter libripendum quinque testes, cives Romani, puberes, certisque verbis hic actus præficiebatur, vide Ulp. *tit.* 1. §. 11. & *tit.* 19. §. 2. & Boet. *in Topic. Cic. lib.* 3. apud quem etiam extat mancipationis formula. *Is*, inquit, *qui mancipio accipit, æs tenens ita dicit: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse, ajo, isque mihi emptus est hoc ære, hac æneaque libra. Deinde ære percutit libram, indoque æs ei dat, a quo mancipium accipit, quasi pretii loco*. Ita recte eum locum emendat vir omni prædicatione dignus, sed omni major, Clariss. Salmas. *lib. de usur. cap.* 8. Traductum hoc postea & ad translationem universitatis bonorum, ut futurus successor familiam, id est, universam substantiam testatoris οἰκετείας emeret, quo post mortem ejus hoc tamquam justo titulo bona possidere intelligeretur. Eadem quoque solemnitas adhibita fuit in adoptionibus & emancipationibus liberorum, ut alibi vidimus. VINN. Immo vera ratio paulo altius repetenda, cur Romani testamenta condenda putarint per æs & libram. Leges exstabant de successione ab intestato. Leges privata cujusque voluntate mutari non poterant, *l.* 38. *ff. de pact.* sed alia lege opus erat, qua prior abrogaretur. Hinc testamenta olim fiebant in comitiis calatis, per modum legis. Posteaquam autem leges duodecim tabularum cui-

vis

vis concessissent libertatem testandi, lege notissima: *Paterfamilias uti legassit super pecuniæ tutelave suæ rei, ita jus esto*: opus erat fictione quadam, ne privati hominis voluntate leges viderentur mutari. Itaque fingebant, testatorem hæreditatem, tamquam rem mancipi vendere, addit secreta lege: *Hæc uti in his tabulis scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor*. Facem hic præfert Vir. Illust. Corn. van. Bynkersk. *Obs. l. 2. c. 2.* HEIN.

Quod per emancipationem) Ita quoque Theophilus, Aul. Gellius, *lib. 15. cap. 27. per familiæ emancipationem*: Nec video, cur potius legendum *mancipationem*: quod vult D. Bachovius. Etenim Veteres non minus verbo *emancipare*, quam *mancipare* utuntur, pro mancipio dare, tradere, vendere, alienare. Cicero *de Senect. cap. 5. Ita senectus honesta est, si nemini emancipata est*. Plaut. *in Bach. act. 1. Sc. 1. v. 60. Nunc mulier tibi me emancupo, tuus suum*. Horat. *epod. 9. v. 12.*

Romanus (eheu posteri negabitis)
Emancipatus fœminæ
Fert vallum & arma miles.

id est. γυναικοδουλωμένος τῇ γυναικί. Tranquillinus in *Othone cap. 3. Cuidam cum vicino de parte finium litiganti adhibitus arbiter totum agrum redemit, emancipavitque.* Plinius *lib. 7. epistola 18. Agrum ex meis longe pluris exactori publico emancipavi*. Cicero *2. Philipp. cap. 21. Tum iste venditum atque emancipatum tribunatum consiliis vestris opposuit*: quo tamen loco non ignoro etiam *mancipatum* legi.

Imaginariam quamdam venditionem) Duabus de caussis venditionem hanc imaginariam fuisse scribit Hotomannus: primum quia revera venditio non erat, sed liberalis bonorum omnium translatio, cum dicis tantum caussa nummus unus appenderetur testatori: deinde quia familiæ emptor, in quem tamquam in hæredem ea bona per emancipationem transferebantur, hæres non erat, sed alius ab hærede. At oportebat distinguere tempora, nam quo tempore hæc testandi ratio primum introducta est, ipse hæres futurus familiam emebat: quod bis hoc loco testatur Theophilus, & intelligere licet ex §. *sed neque* 10. *inf. eodem*. Progressu autem temporis, cum, ut credibile est, quod veterum simplicitas & probitas antea non consideraverat, experimentis compertum esset, eam rem testatori periculosam esse, atque insuper etiam causam odii in testatorem, invidiæ in hæredem legitimis successoribus præbere; receptum est, ut palam quidem solemnitatis adimplendæ caussa familiæ emptor adhiberetur, sed qui, ut manceps fiduciarius, hæredi seorsum in tabulis clausis scripto, mortuo testatore, familiam remanciparet. Cujus rei causam cum Plutarchus non intelligeret, in libro, cui titulus est: *De sera numinis vindicta*, de Romanis loquens, sic scribit ἅτε διαθήκας γράφοντι, ἑτέρους τῶ ἀπολείπουσι κληρονόμους, ἑτέροις δὲ τὰς οὐσίας, ὃ δοκεῖ πα ἄλογον. Transferantur huc verba Ulp. ex tit. 20. §. 8. *In testamento*, inquit *quod fit per æs & libram, duæ res aguntur, familiæ emancipatio, & nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum. Tabulas testamenti testator tenens, ita dicit: (4) Hæc uti his tabulis cerisve scripta sunt, ita lego, ita testor: itaque vos Quirites testimonium præbitore*, quæ nuncupatio & testatio vocantur.

Priora duo genera in desuetudinem abierunt) Recepto usu testamenti per æs & libram, priora illa duo minus frequentari cœperunt, paulatimque abiere in desuetudinem. Et quidem jam ætate Ciceronis perierant testamenta in procinctu, sicut ipse testatur *lib. 2. natur. Deor. cap. 3.* sed nec testamenta calatis comitiis arbitror diu postea mansisse. quod colligere mihi videor ex verbis Labeonis, qui apud Gellium *dict. leg. 15. c. 27.* sic scribit: *Iisdem comitiis, quæ calata appellari diximus, & sacrorum detestatio & testamenta fieri solebant*. Utitur Labeo verbo temporis præteriti, ut intelligamus, olim ista fieri solita, suo autem tempore duo ista calatorum comitiorum in usu amplius non fuisse: & perperam Bachovius ex eo, quod Labeo eodem loco scribit, tria genera testamentorum fuisse, in procinctu, calatis comitiis, per æs & libram, colligit, ætate Labeonis, atque adeo Gellii testamenta calatis comitiis adhuc in usu fuisse: nam eadem ratione colligas, eodem tempore viguisse adhuc testamenta in procinctu; quod falsum esse constat ex dicto loco Ciceronis. Illud utique certum est, tempore mediæ jurisprudentiæ comitiis testari desitum fuisse: testis Ulpianus, *in fragm. dict. tit. 30. §. 1.* VINN. Immo latis Tabulis duodecim desiisse testamenta in comitiis calatis fieri, verosimillimum est. Quis enim voluisset voluntatem suam submittere populi suffragiis, quum libere suoque arbitrio testari posset? Et quis maluisset publice & palam hæredem nuncupare, quam jure uti legibus duodecim Tab. concesso? HEIN.

Quod vero per æs & libram, &c.) Priora illa duo testamentorum genera jamdiu exoleverant, cum per æs & libram adhuc frequentarentur. Ulpianus dict. loco scribit, suo tempore id solum in usu fuisse, nimirum ex testamentis, quæ ad jus civile pertinebant, scilicet prioribus illis duobus abolitis; nam secundum formam a Prætore introductam, & juris mixti; eo tempore testamenta quoque fieri solita, multis auctoritatibus doceri potest, *l. ad testium 22. §. si quis 4. l. pen. h. t. cum similib.* & apud Ciceronem quoque non uno in loco mentio fit testamentorum obsignatorum. Ait, *Partim & hoc in usu esse desiit*. An hoc ideo dicit, quia familiæ emptor postea alius esse cœpit ab hærede? Sed hoc factum jam olim & stante adhuc Repub. Arbitror, Justinianum hoc significare voluisse, cum in testamento, quod per æs & libram fiebat, duæ res antea agerentur, familiæ mancipatio, & nuncupatio testamenti, solemnitatem familiæ mancipandæ paulatim exolevisse: solum alterum, nuncupationem scilicet testamenti, sive solemnem voluntatis contestationem, & quodammodo numerum testium, usque ad sua tempora mansisse, sicut apparet ex mixta testandi forma, qua posteritas uti cœpit, §. 3. *infra eodem*, quo loco hoc innuit ipse Justinianus. Illa mera somnia sunt, quæ a quibusdam afferunt, ideo testamenta per æs, & libram desiisse fieri, quia emptio ista bonorum testatoris visa sit esse contra bonos mores, & pactum de futura successione, quod votum captandæ mortis inducat: neque enim vera emptio erat, aut hic ejus effectus, ut testamentum mutare non liceret, nec idem jam olim hæres, qui familiæ emptor; & Theophilus, quem ajunt eamdem hujus desuetudinis rationem reddere, tantum indicat, cur alium emptorem familiæ, alium hæredem esse placuit: quamquam & ipse fallitur, dum id Justinianum hoc loco sentire existimat.

T E X T U S.

De antiqua testandi ratione Prætoria.

2. *Sed prædicta quidem nomina testamentorum ad jus civile*

civile referebantur. Postea vero ex edicto Prætoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est. Jure etenim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant: cum jure civili signa testium non essent necessaria.

COMMENTARIUS.

1. *Nimiæ curiositatis esse velle indagare, cur in omnibus emancipationibus placuerit minimum quinque testes adesse, consutatis plerorumque rationibus.*

AD *jus civile referebantur*) Opponitur hoc loco jus civile prætorio: quod cum fit, cæteras partes juris civilis intelligere debemus, quæ scilicet ex legibus, plebiscitis, Senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentum veniunt *l. 7. de justit. & jur.* Sine ulla autem ratione est, quod Dom. Hotomannus cum prætorio jure hic comparari existimat id tantum jus, quod auctoritate prudentum, a quibus & formulæ aliæque solemnitates profectæ sunt, introductum est: nam testamentorum usus in comitiis & procinctu antiquior est ipsis duodecim Tabulis, quibus tamen posterius est jus, quod a consultis compositum est, & communi nomine appellatum civile, *l. 2. §. his legib. 5. de orig. jur.* Et modi alienandi per nexum & mancipationem ex lege duodecim Tabularum descendunt. Plane imaginariæ mancipationes inventum sunt Jurisconsultorum; nec dubito, quin etiam testamentum per æs & libram, solemnitate mancipationis rerum singularum inter vivos producta, ad alienationem bonorum omnium, per ultimam voluntatem.

Jure honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa) Testandi ratio jure prætorio introducta, simplicior est atque expeditior, quam illa juris civilis per nexum & imaginariam mancipationem, quippe cum Prætor nihil aliud desideret ad vim testamenti, quam ut id septem testibus propositum atque ab iis obsignatum esset. Licet enim tale testamentum jure civili non subsisteret propter defectum mancipationis: tamen Prætor secundum illud bonorum possessionem scriptis in eo hæredibus dabat. Ulpian. tit. pen. §. 5. Ait, *septem testium signa*. In eo quod jure civili fiebat per æs & libram, non plures testes necessarii, quam quinque; qui numerus legitimus erat in omni emancipatione. Sed Prætor, utut solemnitatem juris civilis contempserit, numerum tamen civium, quem adesse in testamentis oportebat, minui noluit: ideoque duos testes in locum libripendis & emptoris familiæ surrogavit. Simile huic est, quod apud Cajum 1. *Inst. tit. 6. §. 3.* legimus: *In emancipatione liberorum, cum antea quinque testes cum libripende & antestato intervenirent, postea pro libripende & antestato duos alios testes adhibitos, ut septem testium numerus impleretur.* (1) Nimiæ autem curiositatis est, indagare velle, cur placuerit in omnibus mancipationibus minimum quinque testes præsentes esse. D. Giphanius & Bachovius suspicantur, originem hujus quinarii numeri dictam a numero quinque classium, quas Servius Tullius instituit, atque ad hujusmodi actus confirmandos singulos testes e singulis classibus initio accitos fuisse, ut quodammodo coram universo populo celebrari viderentur: perinde quasi singuli testes suam classem; universi populum universum repræsentassent. Nec obstare ait D. Bachov. quod Dion. Halicarn. scribit, non quinque, sed sex classes a Servio Rege institutas: nam sextam classem, quæ infimi census erat, contemptam & nullo pene loco habitam fuisse. Mihi hæc conjectura doctiss. virorum nulla probabili ratione niti videtur. Nam si per quinque istos testes populum repræsentari veteres intellexissent, numerum istum non auxisset in suo testamento Prætor. Deinde voluntas populi non ex numero classium, sed centuriarum censebatur: nec quod plures classes, sed quod plures centuriæ jussissent, id ratum habebatur, unde si vel 1. classis centuriæ (quæ reliquam multitudinem tribus centuriis superabat) convenissent, secundæ aut inferiorum classium non vocabantur. Quapropter, si Bachovii rationem sequatur, potuit vel unus testis sufficere, ut actus coram majore parte centuriarum celebratus videretur, civis maximi census, 1. classem; hoc est, nonaginta & octo centurias repræsentans, vid. D. Halic. *lib. 4.* Nec Festo classici testes, quos dictos ait, qui testamentis signandis adhibebantur, sunt testes ex singulis classibus collecti, sed cives Romani; eo quod cives omnes in classe aliqua censebantur, & qui classem non habebant, nec cives Romani erant: quomodo & Jos. Scaliger hoc accepit. Errat enim Calepinus, qui putat, per classicos testes Festum intellexisse homines 1. classis, aut primæ dignitatis: nam satis fuisse constat, si viri honesti essent & integræ famæ: quamquam antiqui etiam ita locuti sunt, ut classicos dicerent, non omnes, qui in classibus erant, sed primæ tantum classis homines, unde per translationem auctores classici appellati, primæ notæ, assidui, non proletarii scriptores; vid. Gell. *l. 7. cap. 11. & l. 19. c. 8.* Sunt, qui ideo, quinque testes adhibitos scribunt, quia totidem tribubus populus constabat, Temæ. Fab. *disp. anniv. 18.* Hopper. *hic in not.* qui magna in antiquitatis ignoratione versantur. Nusquam enim invenias, populum unquam in quinque tribus divisum fuisse, quod quidem Faber etiam fatetur; sed existimat a Romulo tres tribus factas, easque duplicatas a Tarquinio Prisco: itaque vice populi sex testes adhibitos, quorum tamen unus nomen ac munus libripendis assumeret. At enim si Livio credimus, nullæ tribus a Romulo factæ, quæ quidem universam multitudinem continerent; sed tres modo equitum centuriæ ex omni multitudine selectæ, quarum numerum Tarquinius, quia videbat equitem maxime suis viribus deesse, postea auxit. Et eodem auctore, primum factæ tribus quatuor a Servio Tullio partibus urbis distinctæ; quod & Dionys. Halic. *lib. 4.* confirmat, quo loco etiam refert, Fabium scriptum reliquisse, agrum præterea, universum in viginti & sex partes divisum fuisse: quas tribus rusticas si cum urbanis conjungas, fient tribus triginta. Subjicit, Venonium memoriæ prodidisse, triginta & unam tribus sub Rege Servio fuisse. Libro autem septimo apud eumdem de judicio Coriolani sic scriptum reperimus. *Cum una & viginti tribus Romæ essent, quæ missæ sunt in suffragium, novem habuisse Martium: a quibus absolutus est.* Proinde longe majorem numerum testium adhiberi oportet, si per eos tribuum numerum repræsentari volumus, & post expletum triginta quinque tribuum numerum testes quinque & triginta. VINN. Non sane absurdum est, quod de classibus suspicatur Bachovius. In mancipatione agebatur de dominio juris Quiritium transferendo, & hinc nihil videbatur æquius, quam ut Quiritium arbitrio gereretur. Quirites tempore duodecim Tabul. erant descripti in sex classes. Sed sexta classis ex proletariis & capite censis constabat. Quum vero proletarii testes nullius auctoritatis haberentur, iisque

oppo-

opponerentur testis *classici*, probabile est, ideo sufficere creditum esse testes quinque, tamquam, qui totidem Quiritium classes repræsentarent. Id addo, mancipationis ritum esse duodecim Tabulis antiquiorem, cum in iis mentio illius fiat tamquam jam noti & recepti. Putarim a Servio inventum, qui & divisionis populi in classes auctor est. Eum enim leges de contractibus tulisse, docet Dion. Hal. *l.* 5. *p.* 278. unde & præcipuus sanctor legum dicitur a Tacito, *lib.* 3. *Annal. cap.* 26. HEIN.

Cum jure civili signa testium non essent necessaria) In testamento, quod fiebat per æs & libram. In eo enim duæ tantum res necessariæ erant, familiæ mancipatio, & nuncupatio testamenti, sive voluntatis testibus exhibitæ solemnis contestatio, Ulp. tit. 20. §. 8. Quod postremum tamen tunc demum receptum videri potest, postquam cœpit alius hæres seorsum in chartis vel tabulis scribi; alia familia palam mancipari: nisi forte ad ea legata referas, quæ ad familiæ mancipationem non pertinebant. Auctor enim Theophilus est, testatorem post mancipationem mox ordinasse, quid post mortem fieri vellent, & familiæ emptori sive hæredi dicere *solitum*: *Huic volo dari fundum: illi domum: alii centum numismata*.

TEXTUS.

De conjunctione juris Civilis & Prætorii.

3. *Sed cum paulatim, tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus cœpit in unam consonantiam jus civile & Prætorium jungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod jus civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis, & subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, & ex edicto Prætoris, signacula testamentis imponerentur: ita ut hoc jus tripartitum esse videatur: & testes quidem, eorumque præsentia, uno contextu, testamenti celebrandi gratia a jure civili descendunt: subscriptiones autem testatoris & testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur: signacula autem & testium numerus ex edicto Prætoris.*

NOTÆ.

3. *Septem testibus adhibitis*) Specialiter rogatis, aut certioratis se ad testamentum adhiberi, *d. l.* 21. §. *pen. Ex Nov. Leon.* 41. quinque sufficiunt: quod jus in Oriente receptum fuit. Græci *ad l.* 5. *ff. si tab. test.* Ham. *lib.* 5. *tit.* 1. §. 47. Basil. 35. *tit.* 1. & 3. & *l.* 45. ἐὰν δὲ συμβῇ πάντως διαθήκης πέντε μάρτυρας ὑπογράψαι.

Quodammodo) Nam jus civile quinque tantum testes exigebat, reliqui duo in vicem ponderatoris, & familiæ emptoris a Prætore sustituti. VINN. Immo in vicem ponderatoris vel libripendis & antestati. Vid. Caj. *Instit. lib.* 1. *tit.* 6. §. 3. HEIN.

Subscriptiones testatoris, &c.) Ita constitutum a Th. *l.* 21. *Codice eodem*, additumque, si testator litteras ignoret, vel suscribere nequeat, octavum ut subscriptorem adhibeat. Adeo autem & subscriptio & simul obsignatio necessaria, ut alterutro omisso, testamentum vitietur, *l.* 22. §. 4. *ff. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Recepto testamento mixto, quale hic describitur, non statim antiquata testamenta per æs & libram, neque vim testamenti prætorii enervatam.*
2. *Numerum septem testium requiri ad solemnitatem ordinationis, non cum quod obscurius dictum est, postea testator explanat.*
3. *Subscriptiones testium jam tempore mediæ jurisprudentiæ in usum fuisse.*
4. *Lege Cornelia testamentaria edictum Prætorio de obsignandis tabulis confirmatum.*
5. *In testamento scripto non exigi, ut testis intelligat sermonem testatoris.*
6. *Testes rogatos adesse oportere: nec non alia quædam scripto testamento cum nuncupativo communia.*
7. *Quid sit, uno contextu actus testari? & cum contractus in testamento aut inter testandum celebrari queant?*
8. *An non obstante solemnitate alicujus omissione voluntas testatoris obliget in foro conscientiæ?*

(1) **T**AM *ex usu hominum, quam ex constitutionum emendatione*) Sensus est, cum duo essent simplicia testamentorum genera, unum civile, alterum Prætorium, usu hominum jus civile cum Prætorio hac in parte coaluisse, atque inde mixtum extitisse testamenti genus ex utroque illo jure collectum, quod & constitutionibus postea probatum sit; addito, ut testatos & testes omnes subscriberent; ut adeo forma conficiendi per scripturam testamenti, qua posterior ætas uti cœpit, quamquam Justinianus hic describit, ex triplici Jure conflata sit: ex jure civili antiquo, ex novo constitutionum Principalium, atque ex jure honorario. Per hoc tamen non statim antiquata fuit civilis ratio testandi per æs & libram, Ulp. tit. 27. §. 8. neque prætorii testamenti vis aut usus sublatus: de quo sub §. *non tamen.* 6. *inf. quib. mod. test. inf.*

Uno eodemque tempore) Hæc subtilitas ex jure civili est, *l. qui test.* 80. §. & *veteres* 8. *l. hæredes palam* 21. §. *ult. h. t. l. cum antiquitas* 28. *C. eod.* Est enim ex jure civili, quod actus solemnes & legitimi continui esse debent & uno contextu absolvi, *l. continuus* 137. *de verb. obl. l.* 12. *de dub. reis*. Ait autem *quod jus civile quodammodo exigebat*. *Quodammodo*, id est, *fere*. Additum, quia ait, *septem testibus adhibitis*. Nam jus civile quinque tantum testes exigebat, reliquo duo pro libripende & familiæ emptore a Prætore substituti: & ideo paulo post jure civili adscribit dumtaxat actus continuitatem & testium præsentiam; numerum testium juri Prætorio. (2) Illud notandum est, numerum istum septem testium requiri ad solemnitatem ordinationis testamenti, sive cum de substantialibus, ut loquuntur, testamenti quæstio est: non autem ubi quod obscurius in testamento dictum scriptumve, post solemnia testator explanat; veluti si cum Titio centum legasset, & multos Titius amicos haberet, postea declinaverit, de quo senserit, *d. l. hæredes palam* 21. §. 1. *h. t.* Leo quinque testes sufficere voluit, *Nov. Leon.* 41. quod receptum in Oriente, *Græc. lib.* 45. *Basil. tit.* 1.

Subscriptione testium) Et testatoris, ut mox. Ita enim constitutum a Theodosio *l. hac consultissima* 21. *C. eod.* additumque, si testator litteras ignoret, vel subscribere nequeat, octavum ut subscriptorem adhibeat. Cæterum ex constitutione Justiniani, si testator propria manu totum testamentum conscripserit, idque se fecisse in tabulis specialiter expresserit, nihil opus est vel ipsum vel alium ejus nomine subscribere, *leg. cum antiquitas*, 28. §. 1. *C. eod.* (3) Quo tempore, aut a quo primum Principe testium subscriptio introducta sit, incertum est. Illud constat, jam apud antiquiores ita jus fuisse, atque adeo ætate Jurisconsultorum Pauli & Ulpiani, *leg. ad testium* 22. §. 4. *l. pen. hoc tit.* quos Papinianum assessores habuisse, a Lampridio proditum est.

Ex edicto Prætoris signacula) Obsignationem testium esse edicto Prætoris indicat, *leg. si testamentum* 23. *eod.* §. *non tamen* 6. *infr. quib. mod. test. infirm.* Ulpian. tit. 23. 8. *si septem*. (4) Quamobrem quod M. Tullius 3. *Verr.* meminit tabularum testamenti obsignatarum e lege, legem intelligens Cornelium testamentariam recte Dom. Wesembecius sic accepit, Syllam, quod jam ante ex edicto erat, lege sua comprehendisse, non ut edictum tollere, atque ex lege a se lata in posterum signa adhibendi vellet, sed potius ut auctoritatem edicti confirmaret. Obsignatio autem argumento certissimo est, scripturam jure Prætorio necessariam fuisse, ut obsignationis illius subjectum cum jure civili, quod nec subscriptionem, nec obsignationem desiderabat, scriptura non omnino necessaria fuerit. Quamvis credibile sit, frequentius ob rei memoriam scripturam intervenisse: quod & tutius esse cœpit, postquam hæres emptor familiæ esse desiit. Adeo autem & subscriptio & simul obsignatio necessaria est, ut deficiente alterutra testamentum injustum sit, *l. ad testium* 22. §. *si quis* 4. *hoc tit.* teneaturque falsi crimine tabellio, qui non utramque adhibendam curavit, *l. Jubemus* 29. *in fin. Cod. eod.*

Et testes quidem & eorum præsentia) Quod testium præsentiam requirit, non videtur esse proprium testium testamentariorum, sed commune omnium, qui ad actum aliquem celebrandum adhibentur. (5) Non est autem satis corpore testes præsentes esse, nisi & animo sint, intelligantque voluntatem testatoris. Neque tamen sermonis intelligentiam requirimus, sed placet sufficere, si vel sensu quis percipiat, cui rei adhibitus sit. Enim vero durare testes debent, donec suprema contestatio peragatur: invitos tamen retinere non licet: & si retenti sint, testamentum non subsistit, *l. quis testamento* 20. §. *an pen. & seqq. eodem* (6) Ad hæc rogati adesse debent, aut saltem si alterius rei causa collecti sint, ante testimonium certiorari, sed ad testamentum adhiberi, *l. hær.* 21. §. *pen. eod.* 21. *C. eodem* Neque hæc solemnitas, cum sit extrinseca, præsumitur intervenisse, etsi in testamento scriptum sit, *præsentibus testibus infrascriptis*: sed juxta communem sententiam probari debet, nisi additum sit, *& cætera*, aut notarius nominatim rogationis fecerit mentionem. Viv. *comm. op. verb. testes tam in testamento*. Farinac. 2. *lib. de test. tit.* 6. Vasq. *lib.* 2. *de succ. creat.* §. 13. *req.* 8. *n.* 53. Grass. §. *testamentum. qu.* 58. Mantic. 2. *de conj. ult. vol. tit.* 11. Hoc amplius & in conspectu testatoris, testimonii officio fungi necesse est, *l.* 8. *C. eodem*. Quapropter non est satis ut quidam tradiderunt, testes oculatos esse, si testatorem ipsi non videant, forte velo aut cortina interjecto conspectum adimente, licet vocem ejus audiant: sed necesse est, ut faciem ejus videant, ne qua fraus fiat alio forte subornato, qui vocem testatoris imitando simulet; ut ille, de quo Cynus testatur in *dict. leg.* 9. qui obrepserat mulieri simulando vocem mariti. Est que hæc receptior interpretum sententia, teste Sichardo *in d. l.* 9. *n.* 2. ubi tradit, Glossam *in leg.* 2. §. *item Labeo* 3. *de aq. pluv. arc.* contra sententiam communiter reprobari, add. Clar. §. *testamentum qu.* 5. 9. Christin. *vol.* 4. *dec.* 7. *n.* 5. Grass. *d.* §. *testamentum qu.* 59. *n.* 4.

(7) *Uno contextu*) Μιᾷ ὥρᾳ, ἀδιαλείπτως, uno eodem que die ac tempore, *l. hac consultissima* 21. *Cod. hoc tit.* nulloque actu ab instituto negotio alieno interveniente, *leg. hæredes palam* 21. §. *ultim. hoc tit. dict. leg.* 21. *Cod. eod.* nisi forte talis sit actus, quem ratio morbi testatoris, vel necessitas naturæ efflagitet etiam in testibus; quod pluribus explicat Justinianus, *leg. cum antiquitas* 28. *C. eod.* ut tamen si quid supervenerit, ob quod aliquis e testibus diutius abesse cogatur, alius testis substitui debeat, *d. l.* 28. Cæterum hæc non eo pertinent, ut testator teneatur eodem tempore & testes adhibere, & testamentum scribere, vel dictare, ac finire: sed ad nuncupationem testamenti sive ipsam testationem & declarationem voluntatis, cum scilicet testamentum subscribendum & obsignandum testibus in eam rem adhibitis offertur: nam quin alio tempore testamentum conscribere, & scriptionem sæpius interrumpere, alios vero testes ad solemnia adhibere possit, non ambigitur, *d. l.* 21. *C. h. t.* Cum igitur nudo actus contextu testari oporteat, negotioque alieno aut ad testamentum non pertinente interposito actus ille interrumpatur, vitieturque testamentum; hinc facile colligere est, quid judicandum sit de quæstione, quæ vulgo moveri solet, an contractus celebrari inter testandum possint. Nam si contractus est actus extraneus & alienus a testamento, uti revera est; necesse est, actum testandi celebratione contractus interrumpi: veluti si testator, cum jam cœpisset ordinare testamentum, & necdum absolvisset, fundum aut rem aliam Titio vendere aut locare instituat. Quod si ita quæstio formetur, ut quæratur, an possit contractus fieri in ipso testamento; ne hoc quidem admittendum videtur. Quippe cum contractus, qua talis, non intelligatur, nisi celebratus sit inter plures: at quæ testamento caventur, ab uno caventur testatore, atque ex unius illius voluntate stante & cadunt. Non obstat igitur, quod testamento libertum assignare licet, *l.* 1. §. 3. *de assign. libert.* §. *ult. inf. eod. tit.* Siquidem assignatio liberti, licet proprie neque legatum sit, neque fideicommissum, *l.* 7. *d. tit.* vim tamen legati habet, dum jus patronatus, quod alioqui commune futurum erat, uni in solidum relinquitur. Sic pignoris, *l. non est mirum* 26. *de pign. act.* duorum reorum, *l.* 9. *de duobus reis*, ususfructus, §. 1. *sup. de usufr.* servitutum, §. *ult. sup. de serv. præd.* testamenti constitutio, contractus non est. Neque enim cum hæc testator constituit, cum alio non contrahit, neque etiam ullo modo naturam contractus aut conventionis sapit: sed ut cætera, quæ testamento caventur, legantur, aut relinquuntur, revocari possunt. (8) Gravissima hic moveri solet quæstio, an si legitimus numerus testium adhibitus non fuerit, aliudve quid meræ solemnitatis in testamento omissum, veluti si testes rogati non sint, aut tantum subsignaverint sive subscripserint, non etiam obsignaverint, tale testamentum saltem in foro conscientiæ hæredem ab intestato, cui de voluntate testatoris constat, non obliget ad restituendam hæreditatem hæredi scripto, & ad legata præstanda. Obligare negat D. Scoto *lib.* 4. *de just. & jur. q.* 5. Clar. 3. *sent. qu.* 90. Cov. *in c. cum esset* 11 *de test.* Ajunt Ludov. Molin. *de just. & jur. tr.* 2. *disp.* 81. Mantic. *lib.* 2. *de conj. ult. tit.* 14. Vasq. *de succ. cess. creat.* §. 1. *n.* 23. *& seqq. & de success. progress.* §. 3. *nu.* 3. Diod. Tuld. *C. de test. n.* 8. Christ. *vol.* 4. *dec.* 34. quibus assentior. Nam cum in foro conscientiæ sola veritas spectetur secundum simplicitatem juris naturalis, *c.* 1. *dist.* 1. sufficit ad conscientiam devinciendam, ut subsit aliqua obligatio. Qualis autem ea sit, civilis, ex qua etiam agi possit: an naturalis, quæ ad petendum in foro externo inefficax, nihil interest. At in quæstione proposita, si hæredibus certo constet de voluntate defuncti, nullamque fraudem intervenisse, ad quam avertendam solemnitas omnis juris civilis comparata est, non potest non

subes-

subesse naturalis obligatio, fac. *lex* 2. *C. de fideic. leg. tum amplius* 84. §. 1. *de R. J. l. leg.* 5. §. *si quis* 15. *de don. int. vir. & uxor.* §. *ult. inf. de fideic. hær. l. ult. C. eod.* Quod etiam bene intellexit Plinius, qui ob id sæpissime scripsit, voluntatem defunctorum, etiamsi jure deficiatur, bonis hæredibus pro jure esse, *l. 2. ep. 16. l. 4. ep. 10. l. 5. ep. 7.* Eoque pertinet & illud Senecæ; *Angusta innocentia est, secundum leges* (intellige *civiles*) *bonum esse.* Nimirum lex conscientiæ, quæ eadem & naturæ, legibus civilibus non mutatur, sed una & apud omnes eadem est & semper fuit, utpote cordibus omnium hominum divinitus inscripta. Hæc lex cum in corde loquatur & dictet, voluntatem defuncti quamvis irritam, si juris solemnitatem respicias, servari oportere, utique qui eam non servat, contra conscientiam facit. Non obstat, quod lex civilis, quæ solemnitates introduxit, justa est, & ad communem Reipub. utilitatem condita, ne quid scilicet falsitatis in ordinandis testamentis committatur. Nam in quæstione nostra præsupponimus, testamentum esse verum & sincerum, deque eo hæredi constare; quod solum in foro conscientiæ consideratur. Et ex converso igitur salva pietate retineri quoque poterit, saltem quamdiu ei non contradicitur, quod relictum est testamento propter deliquium solemnitatis alicujus jure civili invalido. Maut. *& alii sup.* Grot. *lib. 3. de jur. belli & pac. cap. 7. num. 6.*

TEXTUS.

Solemnitas addita a Justiniano.

4. *Sed his omnibus a nostra constitutione propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manus testatoris, vel testium, nomen hæredis exprimatur, & omnia secundum illius constitutionis tenorem procedant.*

NOTÆ.

4. *Nomen hæredis exprimatur*) *l. 29. C. eod.* quod tamen abrogatum, *Nov.* 119. *c.* 9. ut jam summa solemnitas iterum ad ea redeat, quæ comprehensa §. *præc.* In quibusdam paganorum testamentis etiam de illa ipsa solemnitate aliquid remissum, *l. 8. l. 21. §. pen. l. ult. Cod. eod.* & tota fere in testamentis parentum inter liberos, *d. l. 21. §. 1. & auth. quod sine C. eod. Nov. 167.*

COMMENTARIUS.

1. *Quod hoc §. constituitur, pugnare cum principali fine testamenti scripti, tollere etiam id, quo hoc testamentum maxime differt a nuncupativo.*
2. *Quibus in testamentis paganorum, & quatenus solemnitates remissæ?*
3. *Jure Canonum ut ratum sit testamentum, satis esse, duos testes cum Parocho adhiberi, quod mores hodierni fere sequuntur.*

A *Nostra constitutione*) Extat in *l. jubemus 29. C. h. tit.* Jubet autem Justinianus, ut præter cæteras solemnitates, quas supra commemoravimus, etiam hæc adhibeatur, ut testator nomen hæredis vel in sua subscriptione aliave parte testamenti exprimat, vel coram testibus nuncupet, si litteratum imperitus sit, aut propter morbi acerbitatem scribere nequeat. (1) Quæ Justiniani constitutio prope est ut pugnet cum principali fine, ob quem testamenta per scripturam fieri initio utile visum fuit, scilicet ut testator securitatis suæ causa nomen hæredis celare posset: & tabulas chartasve, in quibus scriptus esset, clausas vel involutas testibus signandas & subscribendas proponere: unde huic testamento nomen mystici. Tollitque adeo id, quo scriptum testamentum maxime differt a nuncupativo, cujus proprium est, ut præsentibus testibus nomen hæredis nuncupetur, §. *ult. inf. eod. leg. hæredes 21. per eod.* Atque ideo etiam, ut opinor, quod *& hic, & in dict. l. jubemus* de suo Justinianus adhibuit, iterum dempsit ac remisit *Nov.* 119. *cap.* 9. ut jam summa solemnitatis in testamento scripto requisitæ iterum ad ea redeat, quæ comprehensa sunt §. *præc.* & apertius paulo constitutione Theodosii, *l. hac consultissima 21. C. eod.* (2) Ex hac tamen solemnitate aliquid remissum est in quinque testamentorum generibus. 1. In testamento parentum inter liberos: siquidem hujusmodi voluntatem etiam ex testamento imperfecto valere placuit, *dict. leg. 21. §. 1. Cod. h. t.* & nuncupata quidem parentis voluntas omnino rata est, dum ea constet, ut de cæteris rebus, id est, saltem duobus testibus; scripto autem declarata, si tempus testamenti facti, & nomina liberorum, & uncias, & res, quas inter liberos distributas velit, expresserit; idque clare & plenis litteris, non notis aut signis, debetque parens aut ipse hæc scribere, aut saltem manu sua scribere. *Nov. 107. unde auth. quod sine Cod. eod. & ibi DD.* Clar. §. *testamentum quæst.* 8. Mynf. 5. *observ.* 28. Gail. 2. *observ.* 112. Christin. *volum.* 4. *decis.* 7. & 8. Grot. 2. *manuduct.* 16. Decker. *dissert.* 2. *libr.* 2. Div. Jacob. Coren. *rer. jud. observ.* 39. plenissime Gudelin. lib. 2. *de jur. noviss. cap.* 5. add. *nostra lib. 2. sel. qu. cap.* 17. *& seq.* 2. In testamentis rusticorum, quibus permissum quinque testes adhibere, si plures non reperiantur, remissæ item subscriptiones si litterati desint, *leg. ultim. Cod. eod.* 3. In testamento quoque tempore pestis facto de solemni numero testium quid remittendum censent Interpretes, vid. Mynf. 1. *observ.* 96. Gail. 2. *obser.* 118. Peck. 3. *de testam. conjug.* 18. Præf. Evehard. *Cons.* 61. quod quidem rationem habet, utique si pestis sit vehemens, & testator ipse eo morbo laboret, Clar. §. *testamentum quæst.* 56. *num.* 3. Christin. *vol.* 4. *decis.* 6. *num.* 5. At jure nostro nostro hoc tantum remissum hoc casu videtur, ut non necesse sit testes septem simul jungi, junctosque eodem tempore subscribere & signare, *leg.* 8. *Cod. h. t.* quamquam contrarium passim usu receptum, teste Sand. *lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 4. *& ibi citat.* De moribus nostris ambigit Grot. 2. *introd. cap.* 17. sed vid. Groenevv. *de leg. abrog. ad dict. leg.* 8. In omni testamento ad pias causas quævis voluntas suprema, vel coram duobus testibus testata Canonibus rata habetur, *cap. relatum* 11. *x. h. t.* Postremo in testamento posteriore, in quo scripti sunt hæredes, qui ab intestato ad hæreditatem vocantur, placuit sufficere quinque testium juratorum depositiones; ac infirmato priori testamento, posteriorem hanc valere voluntatem, non tamquam testamentum, sed tamquam voluntatem ultimam intestati, *dict. leg. 21. §. penultim. & ib.* In universum autem jure Canonico, ut ratum sit quodlibet testamentum, sufficit duos testes cum Parocho adhibuisse, *cap. tum esset* 10. *x. eod.* (3) Neque enim potest hic canon restringi ad testamenta ad pias causas, quod quidam faciunt propter *dict. cap. relatum eod.* Nam in *dict. cap. cum esses*, Alexander III. id in omni testamento generaliter constituit, nominatim im-

probata constitutione juris civilis de septem testibus adhibendis, ut nimis longe recedente ab eo, quod scriptum est: *In ore duorum vel trium testium stet omne verbum*. Et licet nonnulli existiment, causam nullam fuisse, cur Pontifex, id quod bene, ut ajunt, ad fraudes hominum avertendas, *leg. ultim. Cod. de fideicommiss.* jure civili constitutum fuit, mutaret: tamen constitutionem Pontificiam usus fere probavit: qui & alias ægre patitur nimis se longe abduci a simplicitate juris naturæ.

TEXTUS.

De annulis, quibus testamenta signantur.

5. *Possunt autem omnes testes uno annulo signare testamentum. Quid enim si septem annuli una sculptura fuerint, secundum quod Papiniano visum est? Sed & alieno quoque annulo licet signare testamentum.*

COMMENTARIUS.

1. *Etsi tutius est alieno annulo signantem in subscriptione id profiteri; tamen & eo omisso testamentum subsistere.*
2. *Quod hic de usu annuli alieni traditur, non pertinere ad personas publicas, quæ ex officio sigilla instrumentis apponunt.*
3. *Utrum annulo dumtaxat testamenta signare liceat, an & alio instrumento characterem habente?*

CUM testes omnes testamentum solemne, quod per scripturam ordinatur, signare oporteat, quæsitum est, an necesse sit, singulos testes singulis annulis & unumquemque proprio signare; an vere & uno possint omnes & eo quoque alieno? Et placuit, posse omnes signare & uno annulo, qui scilicet unius ex testibus sit, & item alieno, qui nullius sit eorum, sed vel testatoris, vel alterius cujuscumque, *l. ad testium* 22. §. 2. *eod. leg.* 12. *Cod. eod.* (1) Quod quamquam interpretes vulgo ex Durandi sententia sic temperant, ut existiment, debere eum, qui non suo, sed alieno annulo signat, id in subscriptione profiteri, ne in crimen falsi incidat; tamen ego Jo: Fabro & Viglio, quos etiam nunc plerique sequuntur, assentior, confitentibus quidem tutius esse, si mentio ejus rei in subscriptione fiat, cæterum, & eo omisso, testamentum nihilominus subsistere putant propter simplicitatem & generalem definitionem juris civilis hoc loco supra *dd. leg.* traditam. Pœnam vero non mereri, quod fit lege permittente, *leg. Grachus* 4. *Cod. de adult. rer.* Sed & jus prætorium; quod præter signa testium nihil requirit, hac in parte non discrepare a jure civili. Igitur etsi facilius agnoscitur signum impressum annulo alieno, cum id in subscriptione annotatum est, cum tamen & sine eo recognosci possit, & vel ex eo etiam facile, quod quisque testis ex constitutionibus subscribere debet, qui & cujus testamentum signaverit, *l. pen. h.* t. non putaverim, vitiari testamentum signatum annulo alieno, ob id, quod signator non adjecerit, annulo alieno se signasse. Unde tamen minime efficitur, quod docuit Bart. in *l.* 2. *test. quem aper.* mortuo uno ex testibus ante apertas tabulas, testamentum concidere. Nam cum inspectio sigillorum non pertineat ad formalem aliquam testamenti solemnitatem, sed ad probationem dumtaxat voluntatis, cur si ea aliunde probari queat, non sustineatur defuncti judicium? Et quid si unus e testibus mutus, surdus, excus aut furiosus factus fuerit? vid. D. Vigil. *ad* §. *sed cum* 7. *h.* t. ubi multas contra Bart. allegat auctoritates. (2) Plane quod hic de usu annuli alieni in signando traditur, trahendum non est ad personas publicas, quæ sigilla ex officio instrumentis appendunt, & verbi causa Notarios. Nam ab his præcise requiritur, ut sigilla sua apponant, idque auctoritatis & fidei publicæ causa, atque ut in dubio unius cum altero comparatione cognosci possunt, *Nov.* 73. *cap.* 6. Testium autem in testamento non sigilla, sed obsignationem lex requirit, ut cum opus est, signum recognoscentes, sed id apposuisse testificentur. Nam ita institutum fuit, ut cum ad aperiendas tabulas testamenti ventum esset, priusquam resignarentur, Prætor signatores convenire cogeret, & sigilla sua recognoscere, *l.* 4. *l.* 7. *testam. quem aper.*

Quia enim si septem annuli una sculptura fuerint) Quasi dicat, nemini mirum videri debere, quod testibus permissum sit signare uno eodemque annulo. Fieri enim posset, ut septem annuli, quantumvis singuli singulorum sint, eamdem habeant figuram, ἵνα καὶ τὸν αὐτὸν χαρακτῆρα. Neque tamen ob id minus testamentum consistere. Potest vero id etiam hodie contingere, veluti si plures ex eadem familia ad signandum adhibeantur, cum nunc agnatorum omnium eadem sint insignia, nec amplius nomen in circumferentia annuli signatorii poni soleat.

Sed & alieno annulo) Qui scilicet nullius e testibus sit. Ex eo autem quod annuli plerumque mentio fit, non satis recte colligitur, alio instrumento signatorio testamenta signari non potuisse: dici enim potest, idcirco id fieri, quia frequentius annulis veteres signabant. Et tamen de eo dubitatum fuisse, obtinuisseque, ut tantum annulo signare liceret, constat ex *l. ad testium* 22. §. *signum* 5. *h.* t. (3) quod ad scrupulosam testandi subtilitatem Cujac. *lib.* 4. *observ.* 11. refert: alii etiam ad facilitatem probationis, *quia notior sit character* annuli, qui in digitis gestari solet. Sed ista ratio nullius pretii; nam alieno annulo signare licet. Et quid si idem sit character instrumenti & annuli; tunc enim nullo modo dignosci poterit, utrum annulo, an alio instrumento signatum sit. Et puto, Jurisconsultum in *d. leg.* 22. §. 5. annuli appellatione non tam intelligere figuram annuli geometricam, quam sculpturam; nec excludere voluisse instrumentum, quod eamdem sculpturam cum annulo habeat, sed aliud signum impressum, diversum a charactere annuli: cujusmodi forte instrumentis veteres usi ad alia, quam litteras aut tabulas obsignandas. Id quod etiam verba Jurisconsulti indicant: *varie enim*, inquit, *homines signant*. Quod omnino accipiendum est de varietate characteris, non de materia aut forma instrumenti signatorii geometrica. Etenim qui in signando eodem semper charactere utitur, licet diversis instrumentis, quibus insculptus est, non varie signat, sed uniformiter. Et quæso, si idem character est, quid interest, utrum instrumentum rotundum, an triangulum, aut quadratum sit? aut quomodo id dignosci poterit? ac proinde etiam absurdum non est, si annulo signasse dicatur, qui signavit instrumento, quod characterem annuli insculptum habet. Quamobrem prope est, ut assentiar Baroni, Hotom. Wes. ad *hunc* §. & Donello. 6. *comm.* 8. qui locum Ulpiani in *dict. l.* 22. §. 5. legendum putant, interposita negatione, *& magis est, ut non tantum annulo*. Quod & temperamentum subjectum, *dum tamen habet* χαρακτῆρα, quodammodo postulat: Et ita quoque Bartholus legisse videtur argum. summarii *dict.* §. 6. & Jo: de Platea, qui istum §. citat ad probandum,

quod

quod scribit, non annulo tantum, sed alio quoque instrumento signatorio posse signari. Mich. Attal. *synops.* t. 31. ἐπὶ δακτυλίῳ, ἢ σφραγιστηρίῳ. Atque ita & doctiss. Salm. *l. de mod. usur. cap.* 10. *pag.* 456. Alii malunt, retenta lectione cum D. Connano, 9. *com.* 2. Ulp. intelligere de testibus, qui plura signa habent, unum in annulo, alterum & diversum in re alia impressum: ut hi potius annulo signare debeant, quam alio ullo instrumento quia id signum, quod in annulo est, magis cujusque proprium esse putatur, magisque notum & certum est. Hodie hæc quæstio supervacua est, cum testes subscripsisse sufficiat; signa eorum non requirantur, sed solius sigillum Notarii. Jac Ver Wey *art. test. cap.* 9. De more & modo signandi apud veteres usitato adi D. Salmas. *lib. de mod. usur. c.* 11. VINN. Cave aliquid mutandum, vel particulam salutarem non intrudendam existimes *in l.* 11. §. 5. *ff. qui test. fac. poss.* Nec enim codice addicunt, nec verba: *dum tamen habeat* χαρακτῆρα id flagitant, dantur enim & annuli, qui non habent χαρακτῆρα. Quod autem annulos abscisse exigerent veteres, ejus rationem eadem lex videtur reddere. *Varie enim homines signant*, inquit Ulp. Alio tyro utebatur domi in signandis cellis pecuniariis, lagenis, cujus usus etiam patebat matribus familias; alio utebatur paterfamilias in obsignandis litteris & instrumentis, cumque fere annullo insculptum circumferebat. Loca veterum non adscribo. Adi Lisp. ad Tac. *Ann. II.* 2. & adde Svet. *Aug. cap.* 50. Non itaque annulus in *l.* 22. opponi videtur typario alterius formæ, sed alterius usus, veluti, quo domini ad signandas cellas utebantur. HEIN.

T E X T U S.

Qui testes esse possunt?

6. *Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, neque ii, quos leges jubent improbos intestabilesque esse, possunt in numerum testium adhiberi.*

N O T Æ.

6. *Neque mulier*) Hoc ex eo, quod in omni mancipatione testes tantum masculi admissi. Nam his verbis, *cives Rom. puberes*, mares significantur. add. Schol. Har. *lib.* 1. *tit.* 6. §. 92.

Neque impubes) Livius apud Prisc. *lib.* 8. *Impubes libripens esse non potest, neque antestari*, id est, *neque testis fieri*, passive. Active autem *antestari*, est testam facere, μαρτυρεῖσθαι. v. Salm. *ad jus Artic. pag.* 811.

Neque prodigus) Is, cui bonis interdictum est, *l.* 11. *pr. ff. eod.* Bene Græci, ὁ κωλυόμενος διατίθεσθαι, οὔτε μαρτυρεῖ ἐν διαθήκῃ. 35. Basil. *tit.* 5.

COMMENTARIUS.

1 *Communem testium habilitatis notam esse, si sit iis testamenti factio, & quid hoc sit?*

2 *Cur a testimoniis testamentariis arceantur mulieres,*

3. *Cur non admittatur surdus, cum adhiberi possit, qui sermonem testatoris non intelligat?*

4 *Utrum cæcus adhiberi possit?*

5. *Qui dicantur intestabiles: & an hi quoque testamenti factionem passivam habeant?*

NON satis est, septem testes ad testamentum adhibitos esse, etiam conditionem cujusque inspici, & non nisi idoneos admitti placuit. Et recte: quippe cum fides testationis non tam firmetur numero testium, quam auctoritate, per *l.* 3. §. 2. & 3. *de test.* Estque fere tota hæc tractatio de habilitate testium nuncupativo testamento cum scripto & mystico communis.

Cum quibus testamenti factio est) Hæc communis nota est testium habilitatis, si sit cum iis testamenti factio, id est, si hæredes institui aut ex alieno testamento vel sibi vel alii acquirere possunt. Nam quatenus quis jus habet faciendi testamenti, non recte dixeris esse tibi cum eo testamenti factionem, ut bene recentiores notant. (1) Et proprie item loquitur Imperator, cum dicit, *cum quibus testamenti factio est*, qui non testamenti factionem habent: siquidem testamenti actio activæ significationis est, ut proprie dicatur testamenti factionem habere, qui faciendi facultatem habet, *l.* 3. *l.* 4. *l.* 6. *in fin. l. is cui* 18. *leg. l. filiusf.* 19. *h. tit. l.* 1. §. *exigis* 8. *de bon. poss. sec tab. l.* 4. *C. de apost.*. At qui ipsi testamentum facere non possunt, sed tantum ex testamento capere, cum iis rectius dicitur esse vel haberi testamenti factio, ut in §. 2. *inf. de hær. inst.* §. *legari* 25. *inf. de leg. l. non minus* 31. *l. si alienum* 49. §. 1. *hær. inst. l.* 7. *pro leg.* quam eos habere testamenti factionem. Quamquam hæc verborum proprietas perpetuo non observatur, ut videre est in *leg. filiusfamil.* 26. *hoc tit. leg. ultim. pro hær.* §. *in extraneis* 4. *inf. de hær. qual.* quibus in locis testamenti factionem habere dicuntur etiam illi, qui tantum capere ex testamento possunt. Unde factum, ut docendi gratia Interpretes testamenti factionem distinxerint in activam & passivam. VINN. Sed si exempla convenire debent regulæ; dicendum est, cum iis fuisse testamenti factionem, qui olim in comitiis adesse, & suffragium ferre de aliorum testamentis poterant. Cum iis enim etiam postea erat testamenti factio per æs & libram, non cum aliis. Ex hoc fundamento facile reddes rationem cur testes esse non potuerint mulieres, impuberes, servi, furiosi, quum tamen hæredes institui possint. HEIN.

Sed neque mulier, neque impubes, &c.) Enumeratio personarum, quæ varias ob causas testamento testes esse prohibentur, & quidam simpliciter in testamento cujusvis. (1) Cur mulier hic testis non admittatur cum alias jus dicendi testimonii habeat, *l. qui testamento* 20. §. *mulier.* 6. *hoc tit. l. ex eo* 18. *de test.* non una ratio reddi potest. 1. Quia cum certum numerum testium ad actum aliquem lex requirit, intelligitur requirere testes graves & omni exceptione majores, in quos judici non liceat postea inquirere: talis autem non est mulier. 2. Quia sexus muliebris non satis sagax creditur ad odorandas fraudes, quæ in subornandis testamentis strui solent. 3. Quia hic numerus testium non tantum requiritur ad probationem actus, sed etiam ad constitutionem; leges autem veteres, teste Scholiaste ad Harmenopulum, *l.* 1. *tit.* 6. §. 52. ἐν ταῖς συστατικαῖς μαρτυρίαις, μὴ μαρτυρεῖν τὰς γυναῖκας ἀπαιτοῦσιν. Συστατικὰς μαρτυρίας, hoc est, *testimonia constitutiva*, quæ faciunt, ut negotium consistat, (Mercerus vertit *commendatoria*) opponit ἀποδεικτικαῖς; id est, *demonstrativis*, sive quæ adhibentur duntaxat probationis causa. 4. Quia testatio supremæ voluntatis non est actus repentinus, aut fortuitus, ut nihil necesse sit, ubi viri honesti haberi possunt, accire fœminas, per *Nov. de testibus* 90. *cap.* 1. Quibus rationibus item moveor ut credam, ne in codicillis quidem mulierem testem esse potuisse, contra quam sentiunt Vigl. & comm. DD. Mitto, quod solemnis illa testandi ratio per familiæ mancipationem; unde qualitas testium, masculos tantum testes admisisse videtur, ut

ut reliquæ quoque mancipationes & contractus, qui fiebant per æs & libram: & quod Romani turpe & verecundiæ sexus minime conveniens putaverunt, fœminas cum viris hujusmodi negotiis interesse. Et hoc etiam moribus nostris consentaneum videtur. Groenev. *de leg. abrog. hic*, *& §. ultim. inf. de codicill.* Cypr. *cens. Belg.* Impubes testis non admittitur, propter imperfectum animi judicium: quam ob causam nec aliis in negotiis testimonium ejus recipiunt, *leg.* 2. §. *leg.* 5. *leg. inviti* 19. §. 1. *de testam.* In causa autem testamenti hoc speciale esse existimatur, quod nec pubes factus testimonium pro testamento dicere possit, ad quod impubes adhibitus fuit, cum in aliis causis testimonii dictionem habet post pubertatem de his, quæ impubes vidit: utique si testetur de iis, quæ verisimiliter ab impuberibus capi possunt, & quæ vidit, cum jam esset pubertati proximus. Joann. Fab. Vig. *hic* Old. *part.* 4. *de test. num.* 12. ex sententia communi. Servum excludit conditio personæ, quia nullam juris civilis communionem habet, *dict. leg. qui testam.* 20. §. *servus* 7. quæ ratio etiam peregrinos removet, *l. sunt quidam* 17. §. 1. *de pœn.* & nominatim lex desiderat cives Romanos. Furiosus nihil intelligit: cæterum si remissionem habet, poterit eo tempore adhiberi, *dict. l. qui testamento* 20. §. *ne furiosus* 4. Mutus pro testamento, quid actum sit, eloqui non potest. (3) Surdus quid dicatur sensu non percipit: immo nec moneri potest, quid testator acturus sit; plurimumque qui surdus, idem & mutus. Testes autem in dicendo testimonio interrogandi: per *l.* 1. *testamenta quem aper.* nec testimoniis, sed testibus credendum, *leg.* 3. §. 2. *de testib.* Hinc etiam intelligitur, cur potius, quam surdus, admittatur qui sermonem testatoris non intelligit: nimirum quia hic alia lingua moneri potest, cui rei adhibeatur, & ipse testimonium dicere: lingua enim percipere nihil necesse est, *dict. leg. qui testamento* 20. §. *penult.* utique cum testamentum per scripturam fit. Nam in nuncupativo hoc locum habere non puto, in quo totum negotium palam explicatur, auribusque & sermoni testium permittitur. (4) De cæco nihil traditum. Sed non posse eum adhiberi, recte censet Wesemb. & Bach. quoniam testatorem videre non potest, quod in omni testamento requiritur, *l.* 9. *Cod. eod.* nec signum recognoscere, quod in scripto, *l.* 4. *&* 7. *testam. quem aper. fac. l.* 1. §. 5. *vers. casum de postul.* Prodigis notam inurit administrationis bonorum interdictio, fidemque testimonii eorum elevat: atque adeo in toto pene jure civili prodigi pro furiosis, & eadem conditione, qua furiosi, habentur, *l.* 1. *d. curat. fur. l.* 12. *in fin. de tut. dat. l. furiosi* 40. *de regul. jur.* Congruit *l. is cui leg.* 13. *in princ. h. tit.*

(5) *Improbos intestabilesque*) Intestabilis dicitur, qui nec testamentum condere licet, nec testimonium alteri dicere; & cui vicissim nemo testimonium dicere tenetur, ut quisque tenetur civi honesto, si denuntiatum sit, *l. is cui* 18. §. 1. *l. cum leg.* 26. *hoc tit.* Ex Senatusconsulto intestabilis, qui ob carmen famosum damnatus est, *dict. l.* 18. §. 1. *l.* 5. §. *si quis* 9. *de injur.* Ex constitutionibus, apostatæ & hæretici, *l.* 3. *C. de apostat. l.* 4. *Cod. de hæret. & Manich. l. hæreticus* 41. *Cod. Theod. de his qui sup. reb.* Ex duodecim tabulis, antestatus & libripens, si postea testimonium perhibere detrectassent. Verba legis refert Gellius *l.* 15. *cap.* 13. *Quis se sierit antestarier, libripensve fuerit, nei testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto.* Ita locum obscurum & depravatum antea restituit Marcellus, *cap.* 5. *l. duob. tab.* quod male processerat Cujacio. De eo quæsitum, an is, qui testabilis dicitur, nec hæres institui potuerit, ut alias ex testamento alieno capere: nam cæteros omnes, quos hic commemorat Justinianus, constat, testamenti factionem passivam habere. Et quidem hæreticis nominatim hæc tria denegantur, testimonii dictio, testamenti factio, successio tam ex testamento, quam ab intestato, *d. l.* 3. *C. de apost.* De aliis expresse cautum non est, ne hæredes instituantur. Ex eo tamen quod Cajus scribit, cum lege quis intestabilis esse jubetur, hoc etiam eo pertinere, ut ne ipsi dicatur testimonium, *d. l. cum leg.* 26. *hoc tit.* sequi omnino videtur, ut nec hæres institui possit. Neque enim arbitror defendi posse, testatori dumtaxat, non etiam hæredi, de cujus solius commodo agitur testimonium perhiberi. Facit huc *l. imperialis* 23. §. 3. *C. de nupt.* qua permittitur mulieribus scenicis post impetratione principalis rescripti, & condere testamentum, & aliis succedere. Inde enim duo colligimus, & scenicas fœminas intestabiles habitas fuisse, & qui intestabiles essent, hæredes non potuisse institui. Itaque non satis accurati sunt compilatores, qui intestabiles cum superioribus, quos omnes hæredes institui posse constat, una exceptione a regula eximunt, qua & ipsi alioqui ad regulam pertinere videantur.

TEXTUS.

De servo, qui liber existimabatur.

7. *Sed quum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea autem servus apparuit, tam D. Hadrianus Catoni, quam postea D. Severus & Antoninus rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur firmum, ac si, ut oportebat, factum esset: quum eo tempore, quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberi loco fuerit, nec quisquam esset, qui status ei quæstionem moveret.*

NOTÆ.

7. *Testamenti faciendi tempore*) Hoc tempore inspicietur testium conditio, non tempore mortis testatoris, *l.* 22. §. *eod.* idque ex Principum liberalitate obtinuit etiam in habilitate putativa, ut loquuntur.

Omnium consensu) Totius civitatis, aut majoris partis civium. Quia ita se gerebat, ita agebat, sic muneribus fungebatur, ut publice liber a plerisque haberetur, arg. *leg.* 3. *pr. de SC. Mac.* fac. *lex* 1. *Cod. hoc. tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Conditionem testium tempore testamenti facti spectari non nocere, si quid eis postea contigerit.*
2. *Idem observari in habilitate putativa.*
3. *Confutatur eorum error, qui putant, testamentum corruere, si quis e testibus ante apertas tabulas moriatur, aut inhabilis fiat.*

NON tantum numerus testium, sed eorum etiam qualitas & requisita conditio est de forma testamenti substantiali, ut loquuntur, non de forma probatoria dumtaxat: adeo ut si vel in uno e testibus hujusmodi qualitas deficiat, testamentum per se nullum sit

sit (1) Enimvero conditionem testium inspici placuit: cum testamentum signarent, non tempore mortis: nam si tempore testamenti facti tales omnes fuerint, ut adhiberi possint, nihil nocet, si quid postea eis contigerit, puta si quis postea servus factus sit, aut intestabilis, furere cœperit aut prodigus esse: *leg. ad testium* 22. §.1. *& ib.* Cujac. *hoc tit.* Quid ergo si quis adhibitus sit, qui quidem adhiberi prohibetur, sed qui communi opinione pro tali testamenti tempore habebatur, qui adhiberi potest, puta si servus adhibitus sit, qui omnium opinione liber existimabatur, & cui nemo eo tempore status controversiam movebat? Testamentum nihilominus sponte sua vitiosum & injustum est, nec communis error formam juris publici mutare potest. Cæterum quod per se momentum nullum habet, Imperatores ex humanitate sustineri voluerunt, atque ut Justinianus hic loquitur, ex liberalitate sua hujusmodi testamentis subvenerunt, ut perinde firma sint, ac si omnibus suis numeris, ac partibus constarent. Ridiculum vero est, quod vulgo ex hoc loco colligunt, communem errorem jus facere; non enim error, sed in errore summa Principum auctoritas jus hoc benigne & speciali favore ultimæ voluntatis constituit.

Tam Divus Hadrianus Catoni(quidam Codices habent Catonio, *Theophilus* Catonio Vero) *quam Divi Severus & Antoninus*) Rescriptum Severi & Antonini non extat. Hadriani est in *l.1.cap. hoc tit.* unde tamen non satis expeditum, quid juris esse debeat, si quis consignationis quidem tempore pro libero habitus sit, postea autem ante apertas tabulas in servitutem revocatus status controversiam passus fuerit. Nam Hadrianus sua constitutione hoc tantum significat, si quis testis pro libero habitus sit tempore testamenti, cui usque ad tempus aperiendarum tabularum nemo status controversiam moverit, testamento non obesse debere, quod nunc hæc quæstio ei moveatur. Unde effici videtur, non idem esse, si jam eo tempore servum esse appareat. Sed dicendum est, aut verba Hadriani non ita accepta esse, quasi casus iste semper in hisce quæstionibus requiratur, sed expressa, quia id in ea controversia forte acciderat, de qua consultus erat; aut constitutione Severi & Antonini rem plenius postea definitam. Sane Jurisconsultus simpliciter ait, testium habilitatem tempore testamenti facti spectandam; quod postea accidit, non nocere, *dict. l. ad testium* 22.§. 1. *hoc tit.* (2) Hoc autem non tantum pertinet ad habilitatem veram, sed etiam ad putativam: quippe quæ eandem vim ex Principum liberalitate habeat. Atque utut nihil præter hunc locum haberemus, is solum apertissime ostendit, satis esse, liberum quem existimari tempore faciendi testamenti: nec ex eo, quod postea esse apparuit, testamentum vitiari. At dicat aliquis, cum signatores tempore aperiendarum tabularum sigilla sua apud Prætorem recognoscere & pro testamento testimonium dicere debeant, *l.* 4. *& seqq. test. qu. aper.* an non ex eo necessario sequitur, testamentum corruere, si quis e testibus, qui, cum conderetur testamentum, pro libero adhibitus fuit, nunc, cum aperiendum est, servus appareat? *arg. l.* 11. *Cod. de testib.* quo loco scriptum est, servos testimonii dictionem in judicio non habere. (3) Non magis, inquam, quam si quis ex testibus ante apertas tabulas vita functus sit, aut furiosus, cæcus, mutus, surdus, &c. factus. Nam, ut recte D.Viglius, sigillorum ista inspectio requisita fuit, non ut formalis aliqua testamenti solemnitas, sed ad certiorem probationem voluntatis, & tunc, cum testes adhuc viverent, aut tales essent, qui testimonium perhibere signis inspectis & recognitis possent; testibus autem mortuis, aut inhabilibus ante id tempus factis, non idcirco statim voluntas defuncti concidit, cum adhuc aliis argumentis & conjecturis sigillorum fides confirmari possit, maxime accedente adminiculo subscriptionis testatoris & testium: nam manus cujusque & subscriptio pluribus nota esse solet: potestque etiam in dubio probari per litterarum comparationem. Fusius hac de re disputat D. Viglius contra veteres juris interpretes, qui putavit vel uno teste ante aperturam tabularum mortuo, vel inhabili facto testamentum protinus irritum fieri: ostenditque, ex ea persuasione factum, ut vetus testandi forma pene abolita sit, cœperintque curare homines, ut de testamentis instrumenta publica per Notarios fierent: quod olim fuit incognitum. At usitatum erat testamenta publicari, hoc est, actis insinuari, vel referri in acta publica; quod hæredes scripti fieri procurabant, ne si casu materia, in qua primum testamentum scriptum esset, intercedisset, proximi ab intestato negotium iis facesserent. Nam publicatum testamentum priori scriptura casu amissa plenam fidem sine alio adminiculo faciebat, *vid. leg.* 2. *& leg. testamenta* 19.*Cod. hoc titul. & ibi* D. Donell. Quod autem de servo rescriptum est, id non dubito, quin recte producatur ad defectus aliarum quoque qualitatum, quæ in testibus testamentariis requiruntur, si eadem ratio est; puta si impubes adhibitus sit, qui pubes putabatur; mulier virili habitu virum simulans; prodigus, qui tempore conditi testamenti pro sano a plerisque habebatur. Idem enim favor, eademque benignitatis ratio testamentum, quod summo jure inutile, defendunt. Joseph. Ludov. *comm. opin.* 69. *in* 4. *fallent.*

Omnium consensu) Donel. in *l.* 1. *Cod. hoc tit.* consensum sive opinionem cæterorum testium intelligit. Quod non placet. Quid enim, si hi nesciant servum esse, aut status controversiam pati, quod alii omnes in civitate sciant? Neque magis verba *omnium consensu*, ad testes solos restringi possunt, quam illa, quæ mox sequuntur, *nec quisquam esset, qui status ei quæstionem moveret*, quæ itidem expressa sunt rescripto Hadriani (4) Omnium igitur consensu sic potius accipiemus consensu omnium, qui in civitate sunt, opinione totius populi, aut certe majoris partis, quia publice liber a plerisque habebatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, *arg. l.* 3. *in pr. de SC. Maced. l.* 3. §. 2. *test.* Quam ob causam Joann. Fab. existimat, nec illud testamento nociturum, si unus & alter e testibus sciverit conditionem illius: & tacuerit. Paratque hoc amplius locum esse huic constitutioni, etiamsi plures ejusdem generis non idonei per ignorantiam adhibiti sint, *arg. dict.leg.*1.*Cod. hoc tit.* quod & Bachovius videtur admittere, dum ne pauciores quam duo habiles sint & idonei. Latius hic exspatiantur DD. dum quærunt, an gesta ab his, qui se pro scribis aut notariis gerunt, cum non sint, sed communi errore tales habeantur, & instrumenta ab his facta, valeant. Et sic vulgo distinguitur, ut referat, utrum alicubi publica auctoritate hujusmodi persona per errorem imposita sit, an quis ipse sibi privatim eam assumpserit: illo casu valere quod gestum est, per *l.*3.*de offic.proc.* hoc casu acta non valere, & speciale esse, quod in casu hujus §. testamento succurritur. Vid. Sich. *ad dict.l.*1.*Cod.hoc tit.sub fin.* Jason. *ad dict. l.* 3. qui de eo disputat accuratissime.

TES-

TEXTUS.

De pluribus testibus ex eadem domo.

8. *Pater, nec non is, qui in potestate ejus est: item duo fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, utique testes in uno testamento fieri possunt: quia nihil nocet, ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.*

NOTÆ.

8. *Pater, nec non is, &c.*) Ex *l. pater 17. ff. de testib.* ratio est in textu: add. *l. 22. pr. hoc tit.* Ulpian. *titul.* 20. §. 5.

COMMENTARIUS.

HIC locus sumptus est ex *l. pater 17. de testib.* add. *leg. ad testium 22. pr. hoc* tit. Ulpian. tit. 20. §. 5. Dubitandi causa, ut mox indicatur, esse potest, quod plurium ex una domo testimonium suspectu invideatur, propterea quod hi facile colludere, atque in unam eamdemque meditatam sententiam conspirare possunt, *& fac. l. 3. §. 1. de testib.* Sed subjungitur solutio, nimirum tale nihil hic metuendum, ubi plures ex una domo testes adhibentur negotio alieno, unde nihil ipsi commodi sperent. Suspicionibus enim non usque adeo indulgendum esse, ut quisquam gratuito malus esse præsumi debeat. Quapropter quod dicitur in *l. 6. de test.* testes idoneos non esse, quibus imperari potest, ut testes sint, recte Glossa sic interpretatur, ut testes sint in causa imperantis, eosque pro se producentis. Ne quis putet, jus potestatis & filio imperandi obstare, quominus pater simul & filius in alieno negotio testes esse possint. Neque ambigendum est, quin filiusfamilias etiam patre invito testimonii dictionem habeat, cum publica auctoritate testimonium denuntietur, cujusmodi in causis jura patris interquiescunt, *arg. l. 9. de his qui sui vel al. jur.* Illud etiam hic notandum, patrem & filium, item duos fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, in alienis negotiis, (non enim in testamento duntaxat hoc obtinet, *dict. l. 17. de testib.*) diversarum personarum numero haberi.

TEXTUS.

De his qui sunt in familia testatoris.

9. *In testibus autem debet esse is, qui in potestate testatoris est. Sed si filiusfamilias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater ejus recte adhibetur testis, nec is, qui in potestate ejusdem patris est. Reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.*

NOTÆ.

9. *Post missionem, &c. nec pater ejus, &c.*) Aliud tamen placuisse videtur Ulp. & Marcello, *l. 20. h. tit.* ut bene animadvertit Hotom.

In potestate ejusdem patris) Frater scilicet testatoris συνεξούσιος, non emancipatus.

Domesticum testimonium) Id est, eorum, qui ita conjuncti sunt, ut alter sit in familia & potestate alterius, & una cum eo fictione juris persona. Nam ut recte Græci, οἰκιακὴ μαρτυρία, οὐκ ἐκ τῆς συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τῆς ἑνώσεως τῆς ὑπεξουσιότητος λαμβάνεται. *Non ex cognatione, sed ex coadunatione, quæ per patriam potestatem contigit.* Eadem scil. ratione, qua sui hæredes domestici; *§. 2. inst. de hær. qual.* in judiciis autem testes omnes domestici intelliguntur, qui de domo accusati producuntur, *l. 3. Cod. de test. l. 24. ff. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Quomodo quæstio formanda in filio teste in testamento patris?*
2. *Quid obstet, quominus qui in potestate testatoris est, testis in ejus testamento esse possit? Et quid de filio emancipato? &c.*
3. *Cur in testamento filiif. post missionem de castrensi peculio testantis pater testis non admittatur, qui tamen ad tabulas filii emancipati recte testis adhibetur?*
4. *Dissentire Justinianum in proposita specie ab Ulpiano & Marcello.*
5. *Domesticum testimonium hoc loco æstimari ex unione personarum, quæ per potestatem contingit; etsi in aliis causis domestica testimonia interpretamur testimonia personarum domesticarum.*

HActenus de personis, quarum ea est inhabilitas, ut nullius in testamento testes adhiberi possunt; sunt etiam quædam quæ cum per se habiles sint, & recte adhibeantur, non tamen recte adhibentur in testamentis omnium, idque ob causam aliquam privatam, quæ eas κατά τι inhabiles facit. Causa hujus inhabilitatis duplex: conjunctio testis & testatoris per potestatem: item negotium testamenti ad eum, qui testis adhibetur, pertinens. Prima hoc §. altera seq. explicatur.

Qui in potestate testatoris est) Igitur nec filius testatoris, nec nepos ejus ex filio, qui in potestate sit; nec is, quem testator ab hostibus redemerit, *leg. qui testamento 20. in fin. pr. & §. 1. hoc tit.* (1) Sed enim cum constet, filium, qui in potestate sit, aut hæredem instituendum esse, aut nominatim exhæredandum, silentio eo prætérito testamentum ipso jure non consistere, absurda potest videri hæc disputatio. Nam fingamus, esse institutum, jam alia & propria ratione testis esse non poterit, quia hæres, §. *sequent.* Fingamus, exhæredatum, & nihil videtur obstare, quominus recte testis sit, qui sua se manu exhæredem scribere potest, salvo testamento, *l. non putavit 8. §. si quis 6. de bon. possess. cont. tab.* nec ullæ hic metuendæ technæ, cum in suam nemo perniciem ingeniosus sit. Quod si dicas, durum videri, ut filius palam testis adhibeatur exhæredationis & ingratitudinis suæ, quid si testamentum, quo exhæredatus est, clausum proponatur, in quo quid scriptum sit a testibus omnibus ignoretur? ita enim in proposito quæstio formanda est, ut jam illud objici non possit. Quid est igitur, quod hic obstet, quominus filius testis sit? (2) Nihil aliud, quam jus potestatis, quod fictionem quamdam unitatis personarum inducit inter eum, qui habet in potestate, & qui in potestate habetur. §. *si quis 4. inst. de inut. stip. l. ult. Cod. de impub. & al. subst.* Quo fit, ut si alteri alter testimonium dicat, sibi quodammodo dicere videatur, quod subtilitas juris non patitur, ut post Viglium hic notant plerique recentiores, & est textus eo pertinens in §. *seq. in fin.* Addunt nonnulli, huc etiam referendum, quod

græ-

generaliter placuit, idoneos testes non videri, quibus imperari potest, ut testes fiant, *l. 6. de testib.* Ego vero arbitror, definitionem istam valere tantum in testimoniis judicialibus; quamvis verum sit, hic quoque quæri de adhibendo eo, cui imperari potest. Ait, *qui in potestate.* Igitur a contrario, qui in potestate testatoris non est, puta filius emancipatus, recte testis adhibetur, & pater vicissim in testamento illius: neque enim credendum est, verba illa frustra hic & in *d. l. 20.* expressa esse. Præterea cessat in emancipato ratio prohibitionis, vinculum scilicet unitatis, quod per emancipationem solvitur. Et vel magis igitur poterit quis testis esse in testamento matris & avi materni. Non obstat, quod parentes & liberi hoc ipso quod parentes & liberi sunt, invicem testes esse prohibentur, *l. 9. de testib. l. 6. Cod. eod.* Nam ista prohibitio pertinet tantum ad illa testimonia, ex quibus lucri aliquid accedere potest parenti vel filio, cui testimonium dicitur, qualia sunt testimonia judicialia, de quo paulo diligentius postea.

Sed si filiusfamil. post missionem &c. neque pater ejus recte adhibetur) Filiusf. testamentum facere non potest, præterquam si testetur de castrensi peculio *inf. tit. 12.* ac proinde eo solo casu quæstio hæc locum habere potest, an pater ad testamentum ejus testis adhiberi possit. (3) Sic autem hoc loco distinguitur, si filiusfamil. militans adhuc testamentum faciat de rebus castrensibus, pater recte testis adhibeatur; si post missionem, non æque. Cæterum quod ad priorem casum, amplius adhuc distinguendum existimo, utrum scilicet militans adhuc testamentum faciat jure militari in castris aut expeditione, an extra castra jure communi: ut in illo demum casu pater recte adhibeatur propter liberrimam, quæ militibus data est, in castris testandi facultatem; hoc autem casu non magis quam si testetur post missionem *argum. prior. & §. 3. tit. seq.* & verba illa, *post missionem*, non ideo hic adjecta esse, quia ante missionem filius testamentum faciens semper patrem adhibere possit; sed quia post missionem numquam. Sed hic nobis occurritur exemplo emancipati, ad cujus tabulas patrem posse testem adhiberi diximus non alia ratione, quam quia emancipatus non est in potestate. At in eo, de quo quærimus, nec filiusfamil. in potestate est; quippe qui in castrensi peculio vice patrisfamil. fungitur, *l. 2. de SC. Maced.* Huic objectioni ita fere responderi solet, multum interesse, utrum quis revera & sine exceptione sit paterf. & patri suo extraneus, & qualis est filius emancipatus; an quis in re aliqua pro patref. habeatur, manens revera ὑπεξούσιος, & domesticus patri suo: qualis est, qui peculium castrense habet. Etenim peculii hujus concessionem non eximere filium de domo & potestate patris, §. 4. *sup. quib. mod. jur. pat. pot. sol.* & consequenter non efficere, ut una persona cum patre censeri desinat: tantum liberam filiofamil. de iis rebus disponendi facultatem tribuere, & hæredem etiam in iis instituendi, in quo patrisfam. comparetur. Cæterum ut ipse pater propter vinculum unitatis, quo retinetur, hunc filium ad suum testamentum adhibere non potest, ita nec illius tabulis patrem adhiberi posse. Equidem fateor, hæc ita pro Justiniano, & si qui veterum fuere, quos ille secutus est, speciose disputari: video tamen, aliud placuisse Marcello, cujus auctoritatem etiam Ulpianus secutus est in *leg. qui testam. 20. §. 2. hoc tit.* Ita enim scribit: *Per contrarium quæri potest, an pater ejus, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit.* Et Marcellus *lib. 10. Digestorum* scribit, *posse; & frater ergo poterit.* Contraria omnino sententia & directo pugnans cum eo quod hoc loco tradit Imperator, ut bene animadvertit D. Hotomannus. Nam quod cæteri Interpretes, inter quos etiam Viglium & Bachovium esse video, Marcelli sententiam restringunt ad eum casum, quo filiusfamil. de peculio castrensi testatur jure militari privilegiato, nullo colore defendi potest. Primum quia tota tractatio illius tituli propria est testamenti solemnis, ut proinde verisimile non sit, Ulpian. eo loco miscuisse quæstionem, quæ ad militaria testamenta pertineret, quod nulla alia in parte ejusdem tit. aut factum est, aut fieri oportuit. 2. Quia Ulp. hanc quæstionem proponit oppositive ad præcedentem, quæ oppositio in dissimili genere testamenti plane inepta foret. Negaverat *in §. ejusdem l. 23.* filium, qui in potestate est, testem esse posse in testamento patris. Hoc dictum omnes intelligunt de testamento solemni, nec ad testamentum militare pertinere. Mox per contrarium quærit, an pater ejus, qui de peculio castrensi testari potest, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit: & ait, posse, ex sententia Marcelli. At hæc quæstio minime præcedenti contraria est, nisi de eodem genere testamenti, ad quod præcedens pertinet, accipiatur. 3. Notanda sunt verba Jurisconsulti. Non quærit de testamento filiifam. militis, ut in castris agentis, sed quæstionem generaliter atque indistincte proponit de omni filiofam. qui de castrensi peculio testari potest; at potest non solum miles in castris agens jure militari, sed etiam extra castra jure communi; potest eodem jure & veteranus seu militia missus. 4. De testamento jure militiæ facto ne dubitari quidem juste potest: quippe cum verba privilegii, quod militibus indultum est, *quomodo velint; quomodo poterunt*, *l. 1. de testam. milit.* facile hanc in personis testium differentiam absorbeant, & reciprocationem testimoniorum patris & filii admittant; immo ne testem quidem desiderent, ubi de militis voluntate constet: de quo amplius, §. 1. *seq. tit.* Et fortasse motus fuit Marcellus ea, quam dixi, ratione: quia placuit, filiumfam. in peculio castrensi pro patrefam. haberi, quasi ob id etiam diversam a parte personam in causa istius peculii sustinere debeat; id enim receptum est, cum de acquirendo ex causa hujus peculii agitur, in quo fere solo alioqui fictio illa, quod pater & filius pro una persona habeantur, locum habeat.

(5) *Ea in re domesticum testimonium*) Mysticus horum verborum sensus est, ne quis ex his colligat, in aliis causis domestica testimonia non reprobari. Quin in causis judicialibus multo magis reprobantur, & tanto, quanto major est reprobationis causa. Sed nimirum hæc Justiniani sententia est, licet in testamentis de lucro, aut commodo ejus, qui testes adhibet, non agatur, ut fit in causis forensibus: ac proinde hic verendum non sit, ne propter affectionem aut reverentiam veritas celetur, quam ob causam etiam personæ conjunctissimæ & amicissimæ hic invicem jus dicendi testimonii habeant: nihilominus tamen domesticum in hac causa testimonium prohibitum esse, hoc est, eorum, qui ita conjuncti sunt, ut alter sit in familia & potestate alterius, & fictione juris eadem cum altero persona, unde cum alteri testimonium præstat, sibi quodammodo præstare videatur. Hac sola juris subtilitate testimonia in proposito vetari, non aliqua falsi suspicione propter cognationem, aut affectum. Atque hanc esse Justiniani sententiam, hic ipse locus satis perspicue indicat, quem idcirco etiam his verbis extendit Theophilus,

lus; οἰκεῖοι δὲ εἰσὶν αὐτῷ, inquit, μαρτυρεῖν, οἱ ἐκ τῆς συγ-μίξεως, ἀλλ' οἱ ἐκ τῆς ἐναντίας τῶν ἐπιμιξιῶν λαμβάνοντες: eademque fere ratione Justinianus, *inf. de hær. qual.* §. 2. suos hæredes appellatos esse ait, quia domestici hæredes sunt, quibus opponit extraneos, id est, omnes, qui in potestate morientis non fuerunt. Cum igitur prohibendi hujus testimonii non alia causa sit, quam unio illa personarum, quæ per potestatem contingit, sequitur, inter eos, qui ita uniti non sunt, testimonia testamentaria licita esse, quamvis alioqui summa sit inter eos conjunctio aut charitas. Itaque & patrem recte testem adhiberi in testamento filii emancipati, avum in testamento nepotis ex filia, & contra, item virum in testamento uxoris, multoque magis patronum in testamento liberti, & patremfamil. in testamento mercenarii, & viceversa libertos & mercenarios in testamentis illorum; ac proinde errare Interpretes, & inter hos Anton. Matth. qui testimonia testamentaria cum judicialibus confundunt. In judiciis nulli parentes & liberi invicem idonei testes. *l. 6. de test. 6. C. eodem*, suspecti omnes, quibus quovis modo imperari potest, *l. 6. eodem*, qualis est etiam libertus in domo patroni degens; item qui mercede conducuntur, ut famuli & coloni in villis, aut id genus alii, qui domi famulantur. In his enim causis domestica testimonia interpretamur testimonia personarum domesticarum, hoc est, eorum omnium, qui de domo heri, qui in eos imperium habet, producuntur, *l. penult. de testib. fac. l. 11. §. furta domestica 1. de pœn. l. antep. §. pen. C. de his qui ad Eccl. conf.* Discriminis ratio jam ante a me indicata hæc est, quod in cæteris causis agitur de commodo pecuniario ejus, cui testimonium dicitur, ut merito in his testes omnes rejiciantur, quos vel affectione, vel reverentia, aut obsequio veritatem celaturos, suspicio est: in testamento autem non de commodo testatoris, sed hæredis agitur, ut non tam illi, quam huic testimonium testes perhibeant.

T E X T U S.

De hærede, & his, qui sunt in ejus familia.

19. *Sed neque hæres scriptus, neque is, qui in ejus potestate est, neque pater ejus, qui eum habet in potestate, neque fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt; quia hoc totum negotium quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem & hæredem agi. Licet autem totum jus tale conturbatum fuerat, & veteres quidem familiæ emptorem & eos, qui per potestatem conjuncti fuerant, a testamentariis testimoniis repellebant: hæredi autem, & iis, qui per potestatem ei conjuncti fuerant, concedebant testimonia testamentis præstare: licet ii, qui id permittebant, hoc jure minime abuti eos debere suadebant: tamen non eamdem observationem corrigentes, & quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiæ emptoris, merito hæredi, qui imaginem vetustissimi familiæ emptoris obtinet: neque aliis personis, quæ ei (ut dictum est) conjunctæ sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia præstare: ideoque nec ejusmodi veteres constitutiones nostro Codici inseri permisimus.*

N O T Æ.

19. *Creditur hodie*) Sublata videlicet familiæ mancipatione, expende, quod ait, *totum*, ut hac ratione testimonium recipiatur legatarii & fideicommissarii. Cujac.

Hæredi autem (Non tantum clam scripto, sed palam etiam nuncupato:

Pristini familiæ emptoris) Cujus testimonium ideo receptum non fuisse certum est, quia negotium testamenti palam & aperte cum eo ipso ut vero hærede agebatur.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Cur veteres fiduciarium familiæ emptorem testimonio removerint, hæredem admiserint.*
2. *An ad testamentum recte adhibeatur pater hæredis, cujus in potestate non est, filiive hæredis emancipati? &c.*

Causa privata altera, quæ testem inhabilem facit, est negotium testamenti, quod cum teste agitur. Negotium testamenti dicitur id, cujus præcipue causa testamentum ordinatur, nimirum institutio hæredis sive universi juris successoris. Nemo igitur testis adhiberi potest in eo testamento, in quo hæres scriptus est; quod ideo placuit, quia in testamento negotium hæredis recta & principaliter agitur, utque is solus sit juris successor. Hærede autem summoto consequens fuit, ut una removeretur qui in potestate ejus est, pater quoque, qui eum habet in potestate, & denique frater, qui cum eo in ejusdem patris potestate est, propter vinculum illud unitatis, de quo dictum §. *præc.*

Veteres familiæ emptorem repellebant, hæredi autem concedebant) Certum est, olim, cum primum forma testandi per æs & libram inventa est, neque hæredem, neque eos, qui per potestatem ei conjuncti erant, ad testimonium in testamento præstandum admissos fuisse: quippe cum negotium testamenti palam & aperte cum ipso hærede ageretur. Nam, ut ostendimus in explicatione §. 1. *hujus titul.* initio ipse hæres futurus emebat familiam a testatore, iisque eam hæredi mancipabat, ut ille hoc tamquam justo titulo bona post mortem testatoris pleno jure Quiritium consequeretur. Procedente autem tempore, ob causas, quas ibidem indicavimus, hoc mutatum fuit, institutumque, ut solemnitas implendæ causa familiæ quidem emptor palam adhiberetur, sed alius ab hærede & fiduciarius, qui hæredi forte clam in tabulis scripto familiam remanciparet. (1) Quo recepto, cœpit familiæ emptor a dicendo in testamento testimonio summoveri, & hæres admitti; quasi negotium testamenti jam non tam cum hærede quam cum familiæ emptore gereretur, & absurdum sit, eum, cum quo negotium aliquod geritur aut contrahitur, licet imaginarie, testis officio fungi. Atque hoc etiam obtinebat, etsi hæres scriptum se non ignorabat. Cic ro *in orat. pro Milon. cap. 18. Cyri testamentum palam obsignavi cum Clodio; & illum hæredem & me scripserat.* Cæterum ab eo jure postea iterum recessum fuisse, arguit *l. quis test. 20. pr. h. tit.* nisi locus ille a Triboniano interpolatus sit, aut de alio genere testamenti intelligendus, quam quod per æs & libram fiebat, accipiendus, arg. §. 2. *tit. 10.* Just. Ulpian. VINN. Immo, quum temporibus Ulpiani testamenta rarius facta videantur per æs & libram, faciliore testandi ratione a Prætore inventa: non opus est, ut interpolatam a Triboniano existimemus *d. l. 20. princ. ff. qui test. fac poss.* Commode enim accipi potest de testamentis tunc frequentioribus, puta de prætoriis. HEIN.

Minime hoc jure abuti eos debere suadebant) Etsi

testimonium hæredis apud veteres licitum esse cœpit, cum alius familiam emeret; existimabant tamen, minus verecundem hæredem facturum, si sciens se hæredem scriptum esse, jure sibi concesso uteretur: quamobrem etiam suadebant, ut potius se excusaret, atque a testimonio, si pudori suo consulere vellet, abstineret. Non enim potuit locus esse huic suasioni, ubi quis hæres institutus esset, ignoraretur. Est autem illud omnino verisimile, sublata ratione testandi per æs & libram (quod factum creditur statim post translatum in Thraciam Imperium, *arg. l. 15. Cod. hoc tit.*) hæredem amplius testem esse non potuisse in ullo testamento: quippe cum ex eo tempore negotium testamenti non tantum serio, sed recta etiam cum ipso hærede agi cœptum sit, quod antea simulate agebatur cum emptore familiæ in testamento per æs & libram: quod etiam ratio initio hujus textus prolata; *Quia totum hoc negotium, &c. creditur hodie inter testatorem & hæredem agi*, perspicue ostendit; ut adeo non admodum necesse fuerit, suasionem istam veterum in legis necessitatem a Justiniano transferri: quod tamen hic se fecisse profitetur.

Neque aliis personis, quæ ei, ut dictum est, conjunctæ) Scilicet per potestatem, quod antea expressit: ea enim sola conjunctio efficit, ut omnes ita conjuncti pro una persona habeantur, atque ut sibi quodammodo, quod ait, testimonium præstent. (2) Ex contrario igitur etiam hic recte colligas, eos, qui in potestate hæredis non sunt, puta liberos emancipatos, item patrem hæredis, in cujus potestate non est, & fratres ejus, ad testimonium in proposito admitti posse. Nam cum hi omnes diversæ sint ab hærede personæ; non potest dici, negotium testamenti propter hæredem etiam cum his agi eosve sibi aut in re sua testimonium dicere, licet forte ex eo commodum aliquod hærede mortuo consequi possint; nam nec legatariorum testimonium rejicitur, quamvis & ipsi in consequentiam lucrum ex testamento capiant. Fatendum tamen est, esse aliquid in personis hæredi sanguine sibi conjunctis, ob quod videri possint ad testimonium non admittendi, quod non sit in iis, qui testatori naturaliter conjunguntur, propterea quod, ut dictum §. *præc.* non de testatoris, sed hæredis commodo hic agatur, ut quamvis non testatoris, hæredis tamen parentes aut liberi suspicione graventur. Verum in contrarium considerandum est, ignorari plerumque, quis hæres scriptus sit, idque non tantum cum signatur testamentum, sed etiam cum testes jubentur signa sua recognoscere, quod fit ante aperturam tabularum *l. 4. test. quam aper.* Sed etsi sciatur, qui hæres scriptus sit, aut si palam hæres nuncupatus, non putarem tamen, statim testamento obesse debere, quod dicantur inter testes adhibiti parens aut filius, aut frater hæredis (dempta conjunctione per potestatem). Nam primo si quam suspicionem necessitudo inducit, ea facile reliquo testium numero deletur. Deinde etsi negotium hæredis, in testamento agitur, is tamen non est onerandus, quia ipse testes initio ad hoc non adhibuit, sed testator; neque aliis testibus postea ad probandam testatoris voluntatem uti potest, quam iis ipsis, qui adhibiti sunt, cum testamentum ordinaretur. In quam sententiam etiam D. Vig. inclinat.

T E X T U S.

De legatariis & fideicommissarii, & his qui sunt in eorum familia.

11. *Legatariis autem & fideicommissariis, quia non juris successores sunt, & aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus; immo in quadam nostra constitutione & hoc specialiter ei concessimus. Et multo magis iis, qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, hujusmodi licentiam damus.*

N O T Æ.

11. *Quia non sunt juris successores*) Non juris universi, sed rerum singularum, *l. 9. §. 1. ff. de edend.* quorum gratia testamentum non ordinatur; sed universi successores, id est, hæredis habendi causa. Itaque negotium testamenti cum solo hærede geritur, non cum legatariis: nisi forte per consequentiam; quod placet hic non attendi, confirmato testibus adhibitis ipso testamento, *dict. l. 24.* Symmach. *lib. 13. epist. 55.*

Nostra constitutione) Non extat: sed Zenonis hac de re habemus in *l. 22. Cod. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Divinatorium esse, quod quidam prodiderunt, legatarios testes esse vetitos Senatusconsulto Liboniano, & contrarii juris primum auctorem fuisse Scævolam.*
2 *Ratio Justiniani, cur legatariis & fideicommissariis jus testimonii non denegetur, exposita.*
3 *Afferuntur complures aliæ, & certiores.*
4 *Disputationem hujus §. non tantum in testamentis scriptis, sed etiam in nuncupativis obtinere confutata singulari opinione Anton. Fabri.*
5 *Fideicommissarios universale huc non pertinere.*

Legatum aut fideicommissum testamento alicui relictum eum testem inhabilem in eo testamento non facit sed placuit legatarios & fideicommissarios testes in testamento adhiberi posse, *l. qui testam. 20. in pr. hoc tit. fac l. si quis 14. de reb. l. dictantibus 22. Cod. hoc tit.* Quo admisso jam eorum etiam, & quidem multo magis, testimonium recipiendum fuit, qui iis per potestatem conjuncti sunt. Dion. Gothof. in *d. l. dictantibus 22.* scribit, olim legatarios testes in testamento esse non potuisse ex SC. Liboniano: Hotomannus hic, controversum hoc jus fuisse, & primum Scævolam ejus inducendi auctorem: atque existimat uterque, hoc ipsum esse, quod Plin. *lib. 2. epist. ult.* ut improbissimum genus falsi notat. Sed quis Gothof. docuit, tale quid cautum fuisse SC. Liboniano? Aut quis Hotomannum, fuisse Scævolam contrarii juris primum auctorem? Non, si Scævola hoc jus comprobavit, ut testantur Arcadius & Honorius, *l. 3. Cod. Theodos. de testam.* protinus sequitur, eum esse illius juris primum auctorem. Quis vero credat, si verum est, quod Gothofredus scribit, Scævolam responsurum fuisse contra auctoritatem recentis Senatusconsulti? Plinius vero loco citato non illud improbum falsi genus appellat, si quis testimonium dicat in testamento, ex quo legatum capit, sed si quis ejusmodi technis, quibus usum esse scribit Marcum quemdam Regulum nequissimum omnium bipedum, aliisve malis artibus testatorem aggrediatur, & legatum extorqueat. quem eumdem Regulum intelligit Juvenalis *satyr. 1. v. 67.*

Signator falso, qui se lætum atque beatum
Exiguis tabulis & gemma fecerat uda.

Cæterum locus ipse evidenter ostendit, jam tum legatarios testes recte adhibitos, aut testibus legatum recte da-

datum. Quin etiam diu ante tempora Plinii hoc jus obtinuisse liquet ex *d.l. de reb. dub.* ubi auctoritate Trebatii illud defenditur.

(2) *Quia non sunt juris successores*) Ratio a posteriori, ut videtur: unde intelligamus, non ut cum hærede, ita cum legatariis & fideicommissariis negotium testamenti geri; ac proinde non eodem modo hos ut illum a testimonio testamentario repellendos: quod enim dixit *§. praeced.* negotium testamenti inter testatorem & hæredem geri & ideo hæredem non debere testem adhiberi in eo testamento, in quo hæres instituitur; id hanc rationem habet, quia hæres universi juris successor est; quippe successoris universi juris habendi gratia testamentum ordinatur, ejusque designatio caput est & fundamentum totius testamenti. Uti igitur hæredis testimonium rejicitur ob id, quod negotium testamenti est negotium successoris juris, ita legatarii admittitur, quia hoc negotium ad eum non pertinet, qui successor juris non est, ille removetur ab illius negotii tamquam suæ rei testimonio: hic admittitur in illo negotio testis tamquam in re aliena. Quod etiam significare videtur Marcianus in *d.l.14. de reb. duab.* cum ait, ipsum testamentum confirmari testibus adhibitis, nempe universum illud negotium, quod inter testatorem & hæredem de juris successione agitur, signatorum testimonio confirmari non attento legato ex illa juris successione pendente. Sed esto; ne sint legatarii ejus successores: legata ad constitutionem testamenti non pertineat: & hactenus dicatur negotium testamenti ad legatarios non pertinere: fatendum tamen utique est saltem aliquo modo etiam de re legatarii in testamento agi, quippe qui emolumenti ex testamento percipiendi spem habet, cujusque propterea peculiariter interest testamentum confirmari, ne relictum concidat *l. eam quam 14. Cod. de fideic.* Hoc ipsum vero satis causa est ad arcendos a testimonio legatarios. Nam etsi non principaliter & recta in rem suam testimonia ferant, sed hæredis; per consequentiam tamen confirmati testamenti & hæreditatis aditæ hoc etiam ad ipsorum commodum pertinet: ac proinde, quod nemini concessum est, *l. nullus 10. de testib. & C. eod. l. omnibus 10.* in re & causa propria nihilominus testimonium dicunt, siquidem palam est, causam propriam esse eam, cujus emolumentum, aut damnum ad aliquem quoquo modo suo nomine pertineat, *l. 1. §. in propria 11. quand. appell. DD. in d.l. omnibus 10. & l. seq. C. de test.* Quamobrem etsi ratio Justiniani hoc efficit, ut magis hæres repellendus sit, quam legatarius; tamen non satis idonea videtur ut propter eam legatarius debeat admitti. Et vero ita est: nec dubitandum, quin certiore aliqua & speciali ratione hoc jus receptum fuerit; quamvis nulla præter hanc Justiniani in libris nostris aperte tradita inveniatur. Interpretes complures afferunt. Prima est, quod numerus reliquorum testium & cæterarum rerum diligentissima observatio testimonium legatarii ab omni falsi suspicione tuetur; neque tam ob testimonium legatarii, quam ob reliquorum, ad quos ea res non pertinet, legatum sustineatur. Secunda est, quod in proposito legatarii res sit cum hærede, qui cum hoc debeat testibus, quod testamento eorum testimonio confirmato ipse hæreditatem & bona universa defuncti consequitur, improbe facturus sit, si legatum aliquibus eorum relictum hoc prætextu præstare recuset, quod in re propria testimonium dixerint. Nam sive tempus facti testamenti, sive aperti consideretur; testes de voluntate testatoris duntaxat & suo facto deponunt: postea vero cum legatum petunt, cum solo hærede iis negotium est; qui non potest non improbe fidem derogare testimonio eorum, quorum fidem in sua causa secutus est. Hanc attulit Bachovius, eaque mihi non minimi ponderis esse videtur. Et fortassis hoc potius est, quam quod ante dixi, quod Marcianus sensit in *d.l.14. de reb. dub.* cum ex Trebatii & Pomponii sententia legatum signatoribus sive testibus (nec enim hi diversi sunt) relictum ideo valere scribit, quia ipsum testamentum testibus adhibitis confirmatur. His accedit & tertia, quod Veteres suprema ordinaturi amicis fere signatoribus utebantur, quibus amoris testificandi gratia nihil relinqui posse, durum sane atque inhumanum esset. In quam rem elegans locus est Symmachi *lib. 10. ep. 55. Quis*, inquit, *non familiarissimum quemque signandis adhibet; cum extrema conducuntur? Jam quid mirum est, si in oculis positus mereatur aliquod monumentum religionis, qui meruit advocari?* Porro ita disputat, ut si his legibus viveremus, ut tenuis honor, quo subscriptores ob amicitiam defunctos adspergit, legitimum posse abolere judicium, inimicis signatoribus tutius uteremur: immoque appellat calumniam & rem post humanam memoriam inauditam objectione Bassiani cujusdam, qui hoc jus in dubium vocabat: facit *leg. Pamphilo, 39. §.1. de leg. 3.* Atque his ego rationibus adducor, ut credam, hoc jus non tantum in testamentis scriptis servandum esse, verum etiam in nuncupativis: licet dissentiant Duar. *ad tit. qui testam. fac.* & Anton. Fab. *decis. 66. art. 1. & seq.* (4) Equidem in testamento nuncupativo, quod uti nunc mos est, per Notarium in scripturam redigitur, ea res minorem dubitationem videtur habere: quia privatum legatarii testimonium publicæ personæ juvatur fide, Jo. Fib. Aretin. Imol. Vigl. Zipæ. *not. jur. Belg. de testamen.* ut ut Groenevv. *de leg. abrog.* hic subsistat sed in mera simplicique nuncupatione causa est, cur dubites, cum hic testes recta tam de legato, quam de jure hæredis deponant: nullaque alia re testimonium juvetur, uti videri possint, perinde id habendum esse, ac si quis sibi aliquid in testamento adscribat, quod Senatusconsulto prohibitum est, *l. 14. in princ. ad leg. Corn. de fals.* (5) Et tamen magis est, ut hic quoque testimonium legatarii admittatur, cum cæterorum testium fides suspicionem tollat, legataque ac fideicommissa etiam codicillis relinqui possint, in quibus constat quinque testes sufficere: utut multum hic profutura sint testimonia, quod notat D. Hotom. add. Diod. Tulven. *ad hunc tit. cap. 9.* qaamquam haud gravate admiserim, nonnihil hic tribuendum religioni judicantium. Singularis opinio est Ant. Fabri *d. decis. err. 3.* qui putat, *Nov. 1. c. 1.* in totum ab hoc jure recessum esse, ut hodie nec in scripto testamento testimonia legatariorum & fideicommissariorum admittenda sint: quoniam Justinianus eo loco caverit contra veteris juris regulam, ut si scripti hæredes hæreditatem adire recusarent, ipsis legatariis & fideicommissariis potestas adeundi esset, unde colligit, jus testimonii dicendi nunc iis plane denegandum esse, locumque in iis nunc etiam habere rationem hujus §. Quia juris successores fieri possunt. Ego vero malim dicere, hoc curandum non esse, quia ex accidenti est. *Casus adventitii*, inquit Scævola, *non sunt computandi*, *l. 6. qui & a quib. man.* & eleganter Græci: Οὐ χρὴ τοὺς ἐξ ὧν συμβαίνει θέμασι προσέχειν ἡμᾶς. Plane locus hic accipiendus est de fideicommissariis particularibus: nam universalis fideicommissarius, id est, cui ex fideicommisso restituitur hæreditas, loco hæredis est, & post Senatusconsultum pro suc-

cef-

cessione juris habetur, §. 3. & 4. *infr. de fideicomm. hær.* *l.* 1. *l.* 3. *de fideic. hær. pet.* D. Tuld. *cap.* 4. *in fin.*

Quadam constitutione nostra) Calumniantium iniquitas sæpe flagitat, ut ea, quæ certo jure constituta sunt, novis subinde constitutionibus specialiter sint confirmanda, quod etiam in proposito accidit. Constitutio autem Justiniani, quo hic se refert, haud dubie priori Codici inserta fuit. Cæterum omissa est in Codice repetitæ prælectionis edito post compositionem Institutionum, quem solum hodie habemus. Et inepti sunt, qui intelligi putant aut constitutionem Zenonis, *l. distantibus*, 22. *C. h. t.* aut responsum Jurisconsulti *l. qui test.* 20. *in princ. ff. eod.* quando enim ita loquitur Justinianus? At sæpe in his libris constitutionum meminit, quæ in posteriori Codice non habentur, ut in §. *sed nec*, 27. *infr. de leg.* §. *pen. infr. de leg. agn. succ.* §. 3. *de suc. libert.*

T E X T U S.

De Materia, in qua testamenta scribuntur.

12. *Nihil autem interest, testamentum in tabulis, an chartis membranisve, vel in alia materia fiat.*

N O T Æ.

11. *In tabulis*) Ligneis dolatis, & cera illitis. Hinc tabulæ testamenti, vel etiam tabulæ pro testamento, & lignum pro tabulis, *le.* 19. *de bon. poss. contr. tab.* Juven. *satyr.* 13. & 16. denique & cera pro tabulis, Svet. in *Jul.* 83. Horat. 2. *sat.* 5. Juven. *sat.* 15.

An in chartis) *l.* 1. *l.* 4. *Cod. de bon. poss. sec. tab.* De varia materia, qua veteres in scribendo usi. Vid. Plin. *lib.* 13. *cap.* 11. & 12. Alex. Neap. 2. *gen. dier.* Hotomann. 4. *obs.* 1. Salmas. *de mod. usur. cap.* 10. VINN. Addenda omnino Bern. Montfaucon *Paleographia Græca*, & quæ eadem de re disseruit Joann. Mabillon in æterno opere *de Re diplom. l.* 1. HEIN.

COMMENTARIUS.

1. *Unde sit, quod ceram pro tabulis veteres dixerint?*
2. *Testamenta non notis, sed litteris scribenda esse.*

ANtiqui fere in tabulis ligneis testamenta & quaslibet cautiones scribere solebant. (1) Ex quo est, quod Prætores in edictis suis de testamenti tabulis tantummodo loquuntur, & quod bonorum possessio, quæ liberis præteritis datur, vulgo dicitur dari contra lignum, *leg. quod vulgo*, 19. *de bon. poss. contr. tab.* & inde Juvenalis *satyr.* 13. & 16. adulterinas & mendaces cautionum tabulas appellat *vana chirographa ligni*. Tabulæ autem illæ cera illitæ erant, litterasque stylo, primum ferreo, postea osseo, in iis exarabant, unde factum, ut etiam cera pro tabulis diceretur. Sveton. *in Jul. cap.* 83. *Quintum Prædium ex quadrante hæredem instituit: reliquos in ima cera.* Horat. *sat.* 5. *v.* 53.

Sic tamen, ut limis rapiat, quid prima secundo
Cera velit versu.

Juvenalis *satyr.* 4. *Accipe ceram, Scribe, puer*, id est, accipe tabellas ceratas, aut ceratos pugillares, eoque nihil apud hunc poetam usitatius. Cæterum etiam alia materia usos fuisse constat, veluti chartis, membranis, sive pergamenis, foliis & libris quarumdam arborum, *l. librorum*, 52. *de leg.* 3. add. Plin. *lib.* 13. *cap.* 11. & 12. Alex. Ab Alex. 2. *gen. dier.* 31. Hotom. 4. *obs.* 1. Si quis curiosior, is adeat D. Salmas. *lib. de mod. usur. cap.* 10. Quamvis autem Prætor in dandis bonorum possessionibus tabularum dumtaxat mentionem faciat: non eo tamen minus bonorum possessionem peti posse placuit, si in alia materia, quæ ad scribendum idonea sit, figura tabularum testamentum scriptum fuerit, *l.* 1. *de bon. poss. sec. tab.* Atque adeo etsi in charta deletitia & opisthographo, *l.* 4. *eod.* Hodie Notarii, qui fere in testamentis adhiberi solent, in conficiendis instrumentis pergamenis uti solent: quamquam si in charta papyracea scripserint, non adeo protinus existimandum sit, instrumentum nullum esse, aut partium jura lædi, ut hic D. Viglius notat. (2) Illud quoque non refert, quo genere sermonis, quave lingua quis testamentum conscribat, *l. hac consultissima*, 21. §. *ult. l. quoniam*, 15. *C. de test.* Cæterum litteris, iisque usitatis & legibilibus scribendum esse placuit, non signis obscurisve notis, *l.* 6. §. *ult. de bon. poss.* Utique tamen si per notas usitatas, quibus scilicet utimur in designanda quantitate, portio hæreditaria aut summa legati expressa fuerit, institutio aut legatum non vitiabitur, *leg.* 9. §. 4. *de hær. inst.* VINN. Quam tamen periculosa aliquando sit notarum interpretatio, exemplo Galbæ discimus, de quo Sveton. *cap.* 5. *Observavit ante omnes Liviam Augustam, cujus testamento pene ditatus est. H. S. namque quingenties quum præcipuum inter legatarios habuisset, quia NOTATA non perscripta erat summa, hærede Tiberio legatum ad quingenta revocante, ne hæc quidem accepit.* HEIN.

T E X T U S.

De pluribus Codicibus.

13. *Sed & unum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest, secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis: quod interdum etiam necessarium est, velut si quis navigaturus & secum ferre & domi relinquere judiciorum suorum contestationem velit: vel propter alias innumerabilles causas, quæ humanis necessitatibus imminent.*

N O T Æ.

13. *Pluribus codicibus*) Pluribus exemplaribus, *l.* 47. *de leg.* 7. pluribus tabulis, *l.* 1. §. 6. *l. ult. quæ in testam. del.* ut tamen omnia sint inter se ἰσότυπα, unius tenoris, & formæ, ac solemnitatis, *d. l. ult.* & facta quasi testamentum; non unum quasi tastamentnm, aliud quasi exemplum seu ἀντίγραφον, *d. l.* 1. §. 7. *de bon. poss. sec. tab.* ad Salmas. *ubi supr.*

COMMENTARIUS.

1. *An ut unius testamentum in plures codices referri, ita & plurium testamenta in unum codicem conferri possint?*

PLuribus codicibus) Id est, pluribus exemplaribus, *l. unum*, 24. *hoc tit. l.* 1. §. *si quis*, 5. *de bon. poss. sec. tab.* aut pluribus tabulis, *leg. ult. quæ in test. del.* Ait, *unum testamentum*. Nemo enim paganus cum duobus testamentis decedere potest, sed prius semper rumpitur a posteriore. Testamentum vero, quod quis plnribus codi-

codicibus consignavit, utque eodem tempore solemniter complevit, unum atque idem testamentum est, *leg. 1. §. 6. de tab. exhib. l. ult. quæ in test. deb.* Sed & si quis in duobus codicibus simul signatis alios atque alios hæredes scripserit, & utrumque extet, ex utroque quasi ex uno competit bonorum possessio; quia pro unis tabulis habetur, & utrumque pro supremo, *d. l. 1. §. sed & si, 5. sec. tab.* quem locum erudite interpretatur D. Salmas. *cap. 10. de mod. usur. pag. 417. & seq.* ubi & alia minus trita. (1) An autem quemadmodum uni licet testamentum suum in plures codices referre, ita ex contrario pluribus liceat sua testamenta conferre in codicem unum, sive in unius chartæ volumine suprema ordinare, unis iisdemque testibus septem ad eam rem convocatis, unoque contextu adhibito, quæsitum est. Negant Viglius & Hotom. quibus assertior. Etenim ut uniuscujusque testamenti propria contestatio est, ita & proprium ac separatum instrumentum esse oportet: admissaque illa diversorum testamentorum conjunctione, corrumpatur necesse est subtilissimum testamenti negotium, quod totum uno perpetuoque contextu ac tempore perfici atque absolvi debet, nec alienos aut extraneos aliorum actus intervenire patitur, *l. hær. 21. §. ult. h. t. l. hac consultissima, 21. l. cum antiq., 28. C. eod.* In casu pupillaris substitutionis patris quidem & filii testamentum conjungi potest, unisque septem testium signis obsignari: sed hoc ideo receptum, quia pro uno testamento habetur, *l. patris, 20 de vulg. & pup. subst.* ut vel ex eo intelligere liceat, singula testamenra singulas seorsum desiderare solemnitates. Diss. tamen communiter DD. quorum sententiam ex professo contra Viglium tuetur Peckius *lib. 1. de test. conj. c. 9.* & usus probavit: hodieque usitatissimum inter conjuges est, ut simul & unis solemnibus adhibitis testentur, & tam in scriptis, quam per nuncupationem: quod etiam Novella quadam Valentiniani permissum fuit, *tit. de testam. l. 1.* ad Gail. 2. *obs.* 117.

Secundum obtinentem observationem) Si unius testamenti plures sint codices, potest ex unoquoque bonorum possessio peti, sed ita, si omnes sint authentici, id est, si facti sint tamquam testamentum, eodemque tempore adhibita omni solemnitate completi, *d. leg. ult. de his qui in test. del.* Aliud namque juris est, si testator unum fecerit, non quasi testamentum, sed quasi exemplum sive copiam, ut vulgo loquuntur, *dict. l. 1. §. sed si, 7. secund. tabul.* Quia si ex apographo sive descriptione bonorum possessio daretur, magna aperiretur fenestra improbis hominibus ad testamenta subjicienda, fac. lex 2. *de fide instrum.* Quid vero juris erit, si ex binis tabulis ejusdem testamenti unam testator deleverit, aut inciderit? Responsum est, ex integris hæreditatem adiri, aut bonorum possessionem peti posse; nisi hi ab intestato venire desiderant, probaverint, hoc animo a testatore incisas, ut intestatus moreretur, *dict. leg. ultim. quæ in testam. del.* Quid si eidem diversa summa legata sit, puta in alteris aurei quinquaginta, in alteris centum? Proculus respondit, hæredi parcendum esse, & tantum quinquaginta deberi, *leg. Sempronius, 47. de legat.* 2.

Quod interdum etiam necessarium) Κατά τι: si videlicet quis vereatur, ne si forte unum tantum exemplar fecerit, voluntas exitum non sit habitura: quippe cum unum instrumentum facile amitti, aut alias perire, occultari aut supprimi ab hæredibus venientibus ab intestato possit, *l. unum, 24. hoc tit. l. si in duobus, 10. §. ult. test. quem. aper.*

TEXTUS.

De testamento nuncupativo.

14. *Sed hæc quidem de testamentis, quæ scriptis conficiuntur, sufficiunt. Si quis autem sine scriptis voluerit ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis, & sua voluntate coram eis nuncupata, sciat, hoc perfectissimum testamentum jure civili firmumque constitutum.*

NOTÆ.

14. *Voluntate nuncupata*) Palam & clare pronunciata, ut a testibus exaudiri & intelligi possit, *d. leg. 25. eod.* Sveton. *in vit. Horat. Decessit hærede Augusto palam nuncupato.* Scriptum testamentum etiam clausum offerri testibus obsignandum potest, celato nomine hæredis, unde μυστικὸν Græcis dicitur.

COMMENTARIUS.

1. *Communia testamento scripto cum nuncupativo.*
2. *Qua in re præcipue alterum ab altero distet?*
3. *Veteres rarius hæredem nuncupare solitos fuisse, quam scribere & quare?*
4. *Modi seu formæ testandi, quibus in hisce regionibus fere utimur.*
5. *An testamentum secundum statutum aut consuetudinem alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum?*

HOC §. breviter comprehensu est forma testandi sine scriptura, sive per nuncupationem: quæ testandi ratio tota est a jure civili: nam prætorii testamenti præcipua solemnitas consistit in obsignatione testium, cui sine tabulis locus esse non potest. Cæterum Prætor ut custos juris civilis etiam secundum nuncupationem bonorum possessionem dat, *leg. 8. §. ult. sec. tab. l. 2. C. eod.*

(1) *Septem testibus adhibitis*) Testamento nuncupativo quædam communia sunt cum scripto, veluti numerus testium, eorumque conditio, & testationis unus contextus. Oportet quoque hic æque testes rogari, aut certe admoneri, cujus rei gratia collecti sint, *l. hæredes, 21. §. pen. h. t. l. hæc consultissima, 21. §. per mancipationem, 2. C. eod.* Olim etiam necesse fuit, ut is, qui per nuncupationem testaturus erat, formalibus verbis testes præmoneret, se ideo eos convocasse, quod sine scriptura testamentum facere constituisset. Sed cum ex ipsa nuncupatione satis appareat, qua forma quis testari cogitet, Justinianus id sustulit, *l. in testam. 26. C. eod.* Quid vero, si de eo dubitetur? Finge, unum aut alterum e testibus adhibitis, cum testator ex scheda, in qua memoriæ causa voluntatem exceperat, recitatio testamento hæredem pronunciasset, subsignasset & subscripsisset. Et vulgo recte placuit propter superfluam solemnitatem non debere vitiari testamentum, quod utique omissa ea in vim nuncupationis valiturum erat. Plane si constet, scripturam, quæ profertur ad testamentum faciendum, paratam esse, aliud dicendum erit, *l. ex ea, 26. hoc tit.*

(2) *Et sua voluntate nuncupata*) In hoc maxime distat testamentum, quod sine scriptura sit, testamento scripto; nam scripturam testamenti potest testator, si ita illi videbitur, clausam coram testibus proferre, testarique, suum hoc esse testamentum, celato nomine hæredis: quam ob causam hoc testamentum mysticum dictum,

dictum. Nuncupare hæredem, est lingua & verbis pronuntiare: unde nuncupare hæredem & hæredem pronuntiare pro eodem usurpantur, *l. si is, qui 25. h. t.* Gloss. Basil. *nuncupatio*, ... Palam autem voluntas hic nuncupanda est: non utique publice aut in propatulo, quod particula *palam* aliquando significat, veluti cum mulier dicitur palam corpore suo quæstum facere: sed clare & intelligenter sic, ut a testibus exaudiri & intelligi possit, *d. l. hæredes, 21. in princ. h. t. d. l. hac consultissima, 21. §. per nuncupationem, 2. C. eod. l. ult. de jur. cod.* ita Svet. in vita Horatii: *Decessit hærede Augusto palam nuncupato, cum urgente vi valetudini non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas*. Proinde quod in testamento scripto necessarium non est, *l. qui test. 20. §. pen. h. t.* in nuncupativo omnino necessarium putamus; ut testes intelligentiam habeant sermonis testatoris: quo etiam facit *l. coram, 209. de verb. signif.* eoque jure hodie utimur. Fuit quidem etiam in scriptis testamenti usurpata nuncupatio: sed in his significat generalem illam testationem voluntatis, cum testator tabulas testamenti tenens apud eos, qui ut testes essent, rogati erant, testabatur, id suum testamentum esse, non nuncupationem hæredis. *Vulpian. t. 20. §. 8.*

Perfectissimum) Respectu scilicet *effectus*, quem non minorem habeat, quam testamentum scriptum; quod alioqui ratione solemnitatis perfectius est: (3) Etsi autem ratio testandi per nuncupationem longe expeditior est; quam per scripturam: tamen testamenta nuncupativa minus usitata veteribus fuisse, quam scripta, argumento est, quod passim tabularum testamenti & hæredum scriptorum in libris nostris mentio fit; raro nuncupationis. Cujus ego rei duplicem esse causam reor: tum quod in testamento scripto necesse non est pandere ea, quæ scripta sunt, quæ celari sæpe interest & ipsius testatoris & hæredum cæterorumque, quibus aliquid relinquitur; quam utilitatem testamentum nuncupativum non habet: tum quia scripti testamenti fides subscriptionibus & signis testium confirmatur; ex quo fit, ut etiamsi testes decesserint, ratum nihilominus illud maneat; nuncupativi autem testamenti fides tota pendet a depositione testium, quibus mortuis aut aliquis eorum, cum non sint aut pauciores sint, quam requiruntur, qui sisti iterum possint, & in judicio testimonium dicere, necesse est irritam fieri defuncti voluntatem. Sed huic incommodo postea occursum est adhibito tabulario, qui voluntatem coram testibus nuncupatam acciperent, ac rem gestam scripturæ suæ auctoritate confirmaret: cujusmodi scriptura & instrumenta tabellionum sola per se citra novem adminiculum vim probandæ ultimæ voluntatis habent, nec tamen quod ita factum est, ideo mox definit esse testamentum nuncupativum, cum solius probationis gratia scriptura interveniat, non quod sit de substantia testamenti: quamquam non negaverim, habere hoc genus testamenti, nihil, quod naturam scripti testamenti sapiat. De quo vid. Sichard. *in l. hac consultissima, 21. §. per nuncupationem, 2. n. 2. h. t.* (5) In his regionibus etsi nemo vetatur antiquo more ac ritu Romanorum testamentum condere; duobus tamen potissimum modis testamenta confici solent, uno coram duobus decurionibus sive Scabinis & Secretario loci, in quo testamentum fit, sive in agro sive in oppido, quæ forma testandi respondet publicationi testamentorum apud acta judicum vel municipum, *l. omnium, 19. h. t.* altero coram Notario & duobus testibus; qui modus fere solus est in usu vulgi: Gudel. *de jur. nov. lib. 2. cap. 5.* Grot. *lib. 2. introd. c. 17.* Exhæredatio liberorum hoc amplius requirit, ut testes sint Scabinis quod arguit formula juramenti a Notariis ingressu muneris præstandi: & cautum edicto quodam Caroli V. Groenevv. *de leg. abrog. hic*. Notarius testatorem nosse debet: sin minus, ipsi testes, quos id quoque testificari oportet. Voluntas voce nuncupata a Notario scripto comprehendi solet, & in protocollum referri; unde postea petenti testatori solemne instrumentum conficiatur. Quin usu etiam receptum est, ut Notarius receptam in scheda voluntatem testatoris ipse recitet, ac testibus prælegat, deinde testatorem interroget, an omnia bene perceperit, ita velit, ita jubeat, eamque supremam suam esse voluntatem agnoscat; atque approbante testatore, testamentum perfectum censetur, etiamsi neque testatoris, neque testium subscriptiones aut signacula habeat. Gronev. *d. loc.* D. Jac. Coren. *observ.* 10. In quo longe recessum est ab antiqua ratione testandi per nuncupationem, quæ pro forma requirebat, ut ipse testator singula pronuntiaret, nuncuparetque sua voce omnia, quæ post mortem suam fieri vellet. Quod sane eo diligentius observandum erat, quia perfectionem hujus testamenti nihil amplius jus civile desiderabat. Nunc autem admissa prælectione aliena, facile testatori imponi potest. Quid enim si Notarius aliquid addiderit de suo, quod testator præsertim ægrotus non animadvertat? Hæc etiam vulgo nota sunt. (5) Quæsitum est, an testamentum juxta alicujus loci consuetudinem aut statutum factum etiam vim habeat extra illum locum, ex. gr. testator ibi testamentum fecit, ubi coram duobus testibus & Notario testari licet, ut in hac nostra Batavia; quæritur, an valeat etiam in iis locis, ubi septem testes requiruntur, uti in Frisia, ubi sequuntur jus civile? Affirmant communiter DD. *in leg. 1. C. de summ. Trin.* Viv. 2. *opin.* 36. Coras. *de jur. art. p. 3. c. 13.* Covarr. 2. *de spons.* §. 7. *n.* 8. Costal. *ad l. 6. de evict.* Ant. Perez. *in Cod. de test, n. 11.* & secundum hanc sententiam sæpissime judicatum, Guid. Papin. *dec.* 262. Thesaur. 2. *qu. for.* 8. Mynsing. 5. *obs.* 19. & 20. Gail. 2. *observ.* 123. Joann. a Sande *lib. 4. t. 1. defin.* 14. Sunt tamen, qui in contrarium eant, & in quæstione proposita sic distinguendum arbitrantur, ut circa res quidem mobiles & nomina admittenda sit communis Interpretum sententia; at circa res soli spectandum jus ejus loci, in quo sitæ sunt. Quippe res mobiles, quoniam ubicumque sint ex voluntate domini, & pro libitu ejus transferri possint, personam sequi, non leges locorum; immobilia vero, utpote quorum certus perpetuusque situs est, regi secundum constitutiones loci cujusque possessionis, per *leg. 4. C. de jur. fisc. l. ult. de jur.* Ita constanter Mansuer. *in sua prax. t. de success.* Buss. *ad l. 6. de evict.* Nicol. Burg. *ad cons. Fland. tr. 6.* Christ. *vol. 2. dec. 3. 4. & 5. & vol. 4. decis. 5. &* 10. Mihi prior sententia probabilior videtur, multumque referre, utrum statutum disponat circa solemnitatem alicujus actus, an circa rem, puta fundum locumve: quæ statuta in rem concipiuntur. Qualia sunt, quæ de successione ab intestato disponunt, rem ipsam haud dubie afficiunt, ut obscumque sit, ejus loci, ubi est, legibus obstringatur. Idemque habendum de statutis, quæ circa habilitatem personarum dispensando aliquid disponunt. Gail. *d. lib. obs.* 124. *& alii, ubi supr.* Coras. *d. part. 3. c. 14.* Gomez *ad l. 3. Tauri, n. 20.* Quæ autem statuta disponunt circa actus solemnitatem duntaxat, cum neque rem afficiant, neque personam actum celebrantis, sed ipsam

ipsam solummodo dispositionem, quæ fit in loco statuti vel consuetudinis, rationi & juri consentaneum est, ut in ea vim suam exerant etiam ad bona alibi sita; quoniam actuum solemnia ad eorum spectant jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur, per *l. 6. de evict. l. 3. in fin. de testibus, l. 2. C. quemad. test. ap.* facit *l. 9. & ult. C. h. t.* & alias contra rationem juris testato decedere volenti plura testamenta essent condenda, aut, quod absurdum est, plurium locorum consuetudines in uno testamento exquirere oporteret, actumque unum atque individuum, qualis est testamenti, secundum diversa loca adjudicari. Peck. *de test. conjug. lib. 4. cap. 28. in fin.* D. Joann. a Sand. *d. defin.* 14. ubi contraria scite expedit, & prudenter temperat novam quamdam distinctionem Fachinæi. Adde, quæ nos *lib. 2. select. quæst. cap. 19.* Plane si lex expresse testatores sequi jubeat jus loci, in quo bona sita sunt, aliud dicendum est. Talis est constitutio Principum Brabantiæ emissa anno 1611. cujus meminerunt Burgund. Christ. Tuld. *C. hoc tit.* & Perezius *dd. loc.*

TITULUS UNDECIMUS.

DE MILITARI TESTAMENTO.

Dig. Lib. 29. Tit. 1. C. Lib. 6. Tit. 21.

Ratio ordinis. Militare testamentum quid significet.

Diximus sub rubrica præcedentis tituli, duo esse testamentorum genera. Unum commune omnium civium, quod paganicum dicitur: alterum militum proprium, quod ideo appellatur militare. Hactenus quæ tradita sunt de ordinandis testamentis, ea solum pertinent ad testamenta paganorum: militaria, de quibus porro nunc agitur, legibus istis soluta sunt. Militaria autem testamenta hic non accipimus omnia, quæ facta sunt a militantibus, id est, iis, qui in numero relati sacramento tenentur: sed quæ facta sunt jure militari. Possunt enim & milites jure communi testari, *l. 3. h. t.* immo debent, cum extra castra versantur: sed cum in expeditionibus occupati sunt, proprio jure & privilegio testandi facultatem habent, neglectis legibus omnibus, quæ ad solemnitatem condendorum testamentorum pertinent. Itaque testamentum militis sive militare in causa proposita id solum intelligitur, quod a milite factum est in expeditione, jure militum proprio.

T E X T U S.

In militum testamentis solemnitates remissæ.

Supradicta diligens observatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam imperitiam eorum constitutionibus principalibus remissa est. Nam quamvis ii neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint, recte nihilominus testantur, videlicet cum in expeditionibus occupati sunt. Quod merito nostra constitutio introduxit. Quoquo enim modo voluntas ejus supra inveniatur, sive scripta, sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate ejus. Illis autem temporibus, quæ citra expeditionum necessitatem in aliis locis, vel suis ædibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur. Sed testari quidem, & si filiifamilias sint, propter militiam conceduntur: jure tamen communi eadem observatione & in eorum testamentis adhibenda, quam in testamentis paganorum proxime exposuimus.

N O T Æ.

Nostra constitutio) *leg. pen. C. hoc tit.* id tamen & antea obtinuisse videtur, *l. 1. l. 15. C. eod.*

Quoque modo) Sive in clypeo, sive vagina, sive in pulvere, εἰ τῷ γλῷ τοῦ ξίφει. *l. 13. C. eod.* Synos. Attal. t. 34.

Suis ædibus) in nonnullis est *sedibus*, testibus Vigl. & Giphan. & ita Cont. VVesemb. Fabr. Sedes militum ex adverso opponuntur expeditioni. Veget. *l. 3. cap. 4. & ult.* Theoph. πτύνοις, id est, ut Schol. §. 3. *infr.* παρασέιαις, in stativis aut hibernis. Sedes sunt stationes, *l. 18. C. de Episc. aud.* loca ubi milites otiose commorantur. Lapsus hic est Cujac. *consult.* 49.

Propter militiam) *tit. proxime seq.* significat filiosfamilias militantes idem jus habere, quod patresfamilias stipendia item merentes, ut in expeditionibus jure militari, alias jure communi de peculio castrensi testari possint.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Imperitiam militum non esse causam principalem privilegii militaris, sed periculorum functionem.*
2. *Militibus remissa omnia, quæcumque subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, sive ea ad constitutionem testamenti pertineant, sive ad infirmationem.*
3. *In hibernis aut præsidiis locatos jure privilegiario testandi potestatem non habere, & num 5.*
5. *Vaginam, clypeum, pulverem militi chartæ loco esse posse, ensem pro calamo, sanguinem pro atramento &c.*
6. *Etiam filiosfam. milites jure militari in castris testandi licentiam habere.*

Propter imperitiam eorum) Causa beneficii, cujusmodi etiam mandatis inserta est eo capite, quod extat in *l. 1. h. t.* & rescripto Antonini, *l. 3. C. eod.* quibus locis hoc beneficium concessum traditur propter eorum simplicitatem: hoc enim est, propter imperitiam. Nam cum simplicitati ut plurimum adjuncta sit rerum imperitia, immo vero cum ex imperitia nascatur simplicitas: hinc factum, ut simplicitas Latinis interdum significet imperitiam. Ut in illo Nasonis; *Heroid. ep. v. 63.*

Fallere credentem non est operosa puellam.
Gloriosa simplicitas digna favore fuit.

Idem quoque significatur in *l. ult. in princ. C. de jure delib.* cum milites dicuntur arma magis, quam jura scire. Atque huc accommodari aliquo modo potest, quod Tacitus scribit *in vita Agric. c. 9. Castrensis jurisdictio obtusior est, ac plura manu agens, calliditatem fieri non exercet.* (1) At enim vero non est hæc ratio adæquata, neque simplicitas militaris aut sola est hujus privilegii causa, aut principalis. Non sola: alioquin enim & fœminis & rusticanis idem privilegium concedi oportuisset, & militibus concedi sine exceptione temporis aut loci, & cum proculdubio multi etiam legum & jurisperiti stipendia fecerint, hos excipi. Non principalis, quia extra castra & tempus expeditionis privilegio uti non possunt. Principalis vero causa est, quam Ulp. expressis *t. un. de bon. poss. ex test. mil.* laborum & periculorum functio cum in expeditionibus & castris sunt, quo tempore armorum cogitatio, pericula imminentia, & sese continendi ne-

necessitas, omnem aliam de jure cogitationem adimit: Et ideo nec militibus alio loco aut tempore suo jure testari licet, & aliis quibusvis quamvis non mereant, in hujusmodi periculis & hostico, aut procinctu deprehensi, si ibi decedant, jure militari, quoquo modo velint, quoquo modo possint, testari permissum, *d. l. un. l. ult. hoc tit.* VINN. Quum id privilegium militibus concessum sit ab eo tempore, quo jam mercenaria militia loco selectæ invaluerat; non inepte credideris, veram ejus caussam esse, ut homines allicerentur ad militiam & eo lubentius nomina darent. HEIN.

Constitutionibus principalibus) Primus Julius Cæsar, ut auctor Ulp. *l.* 1. *h. t.* liberam militibus testamenti factionem concessit, cæterum eam concessionem ait fuisse temporalem, postea vero primum Titum, & post hunc Domitianum eamdem libertatem iterum dedisse, ac demum plenissimam indulgentiam in milites collatam a Nerva, & qui eum secutus est, Trajano: exinde hoc perpetuo privilegio milites usos, ut quoquo modo testati essent, rata esset eorum voluntas.

Neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint) Puta in continuatione actus, in rogatione, subscriptione, & signatione testium. Itaque quamvis uno contextu actus testati non sint, quamvis testes adhibiti rogati non fuerint, quamvis per scripturam testantes non curaverint tabulas subscribi aut signari, nihilominus tamen recte testati intelliguntur: placetque, nudam voluntatem militum non minus pro testamento servari, quam aliorum solemnem dispositionem, *l.* 1. *& passim h. t. & C. eod.* (2) Porro autem non in eo dumtaxat consistit privilegium militum, quod testamenta eorum non sint adstricta legibus, quæ ad externas illas solemnitates, numerum, rogationem, subscriptionem, obsignationem testium pertinent: sed in cæteris etiam partibus, sive illæ ad constitutionem testamentorum pertineant sive ad infirmationem. Quæcumque subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, ea omnia militibus remissa sunt, ut in universum recte definit Duar. c. 4. *ad hunc tit.* Proinde etsi miles liberos, quos in potestate habet, sciens præterierit, *l. sicut*, 9. *& seqq. h. t.* sive hæredem ex die aut ad diem instituerit, sive alias pro parte testato, pro parte intestato decesserit, *l.* 6. *in fraudem*, 15. §. *miles*, 4. *l. si duobus*, 37. *l. miles*, 41. *eod. l.* 8. *C. eod.* sive eum, quicum testamenti factio non est, hæredem fecerit, *l. idem*, 13. §. 2. *eod.* sive filio emancipato aut cuicumque extraneo in secundum casum directo substituerit, *l.* 5. *d. l. miles*, 41. §. 4. *eod.* sive hæreditatem codicillis directo dederit, *l. milites*, 36. *eod.* sive solis liberis, non etiamsi sibi testamentum fecerit, *d. l. in fraudem*, 15. §. *pen. d. l. miles*, 41. §. *ult.* nihilominus recte testatur, & voluntas ejus prout jacet, custoditur. Lege Falcidia ultra dodrantem jure communi legare non licet, *l. si certarum*, 17. *in fin. h. t. l.* 12. *C. eod. l.* 6. *C. ad l. Falcid.* Jure communi numquam per se nuda voluntas testatoris in infirmandum testamentum valet; invito eo multis modis infirmatur, *infr. quib. mod. testam. infr.* Ex contrario sola militis voluntas ad infirmandum sufficit, *d. l. in fraudem*, 15. §. 1. invito autem eo, extra casum maximæ aut mediæ capitis deminutionis *leg.* 6. §. *sed si quis*, 5. *& seq. de injust. rupt. test.* testamentum ejus non infirmatur. Non agnatione, aut quasi agnatione sui hæredis, *l.* 7. *& seqq. h. t.* (quod tamen temperabis ex l. 9. *d. l. militis*, 36. §. 2. *eod.*) non ipsius adoptione aut adrogatione, *l. miles*, 22. *& seq. eod.* §. *pen. infr. eod.* non alio denique testamento postea facto, si modo &

prius valere voluerit, *l. quærebatur*, 19. *eod.* Hæc summa est: quædam diligentius excutientur.

In expeditionibus) Expeditio dicta, quod milites sint expediti ad confligendum cum hoste, quandocumque casus ingruat. Itaque expeditio non est conflictus ipse, neque etiam tempus belli: sed totum illud tempus, quo milites in armis procedunt, aut sunt adversus hostem, sive eum persequantur, sive eum imminentem expectent, intenti ad opportunitatem rei gerendæ, vel ut invadant, vel ut invadentem sustineant ac propulsent. Cassiodorus 1. *var.* 17. *Hanc merito expeditionem nominavere majores, quia mens devota præliis, non debet aliis cogitationibus occupari.* Præsidia hiberna, cæteraque loca, in quibus militem extra castra commorari necesse est, sedes appellantur. Veget. *l.* 3. *de re mil. cp.* 4. *& ult.* Sallust. *in Jugurth. cap.* 37. *Milites mense Januario ex hibernis in expeditionem evocat.*

Quod merito nostra constitutio introduxit) *leg. penult. Cod. hoc titul.* An igitur ante hanc constitutionem Justiniani, quamdiu milites in numeris manebant, quocumque loco & tempore jure proprio testari potuerunt? Id quidem Viglius affirmat: sed ego ambigo. (3) Nam & in *leg.* 1. *hoc. tit.* quæ Antonini est & *in milites*, 15. *Cod. eod.* quæ est Constantini, expeditionis expressa fit mentio, & ratio privilegii, periculorum functio, quam affert Ulpian. *leg. un. de bon. poss. ex test. mil.* cessat, cum in castris & expeditione non sunt. Putarem tamen, olim milites, qui in provinciis habebantur, jure militari illic testari potuisse, quasi in expeditione. In exceptionibus quoque declinandis & petendis in integrum restitutionibus ea tantummodo tempora militibus prodesse Justinianus voluit, quæ in expeditionem currunt, *leg. ultim. Cod. de testam. mil. l. ult. Cod. quib. non objic. long. temp. præscr.*

Quoquo enim modo voluntas ejus, sive scripta, sive non scripta) Et scripta quidem valebit etiam nullis testibus adhibitis: nuncupata duobus probari poterit. (4) Quinimmo militi jamjam in hostem pugnaturo vagina, clypeus, pulvis, humus, chartæ vel tabularum loco esse possunt, & notæ pro litteris, *l. Lucius*, 40. *h. t.* sanguis pro atramento, ensis pro stylo, penna, aut calamo, *l. milites*, 15. *C. eod.* Cæterum hoc casu crediderim alio quoque opus esse testimonio, ut de eo constare possit, cum vix fit, ut ex hujusmodi scriptura manus alicujus agnosci queat, aut per comparationem litterarum probari. Etsi enim voluntas militis quomodocumque declarata rata est; ea tamen legitimis probationibus ostendi debet, *d. l. Lucius*, 40. quod & Jo. Fabr. notat.

Vel suis ædibus) Ita enim legitur in utraque modo allegata constitutione, *& l. ult. C. de post. rev.* in Basilicis, teste Cujacio, ἐν τοῖς ἰδίοις οἴκοις, Theophilus pro eo habet, ἐν τοῖς λεγομένοις αὐτοῖς σεδάτοις. Σέδατα autem esse Hotomannus scribit quæ Latini *stativa* appellant. Ant. Augustinus in *l.* 18. *C. de episc. aud.* vertit *statione*. Suidas *fossata* esse tradit. Et ita σέδατα apud Ruffum de legib. milit. pro φοσσάτα. Ego existimo, Theophilum intelligere loca omnia, in quibus milites commorandi potius, quam pugnandi causa habentur, puta hibernacula, aut ubi in prædiis sunt, ἔνθα διάγειν αὐτοῖς ἀνάγκη, (sic enim ipse interpretatur) donec expeditio aliqua suscipiatur. Sedes militum dicuntur, & ex adverso opponuntur expeditioni. Veget *lib.* 3. *c.* 4. *Ita exercitati & eruditi in sedibus milites, cum ad expeditionem ex diversis convenerint locis, &c.* Idem *eod. lib. c. ult. Milites pœna & timor in sedibus corrigunt, in expeditionibus spes & præ-*

& præmia faciunt meliores. Atque hoc etiam loco non *ædibus*, *sed sordibus* Concius & Wesembecius legunt: quomodo nonnullos etiam codices habere Viglius & Giphanius testantur. Puto autem, falsum esse Cujacium, qui ex facto consultus *consult.* 40. respondit, milites etiam in hibernis & præsidiis locatos ibidem jure privilegiis sui testari posse. (5) Nam qui sunt in hibernis aut præsidiis neutiquam dici possunt esse in expeditione aut castris, quod tamen expresse requiritur & hoc loco *&* §. *sed hactenus*, 3. *insu. eod.* Cessante autem causa privilegii & ipsum cessat privilegium, *per vulgat.* VINN. Cum Cujacio faciunt & alii, veluti Hœnon. *in Inst. h. t.* Gothofr. *ad l. pen. C.* h. t. Struv. *Exerc. ad ff. hoc tit.* §. 4. Sed Vinnii tamen sententia magis consentanea est *leg. pen. C. hoc tit.* junct *l. un. ff. de bon. poss. ex test. mil.* Conf. Tim. Fab. *disp. Anniv.* 18. §. 18. HEIN.

Et si filiifam. sint, &c. jure tamen communi) Ex his verbis Porcius colligit, filiosfam. jure militari testari non posse: quo nomine merito reprehenditur a Viglio. Locus planus est & apertus. (6) Restrinxerat ante privilegium militibus datum ad ea tempora, quibus occupati sunt in expeditionibus; ne quis vero ex eo putaret, milites & maxime filiosfam. alio tempore non posse testari ullo modo, subjicit, posse quidem etiam milites extra castra & expeditionum occupationes testari, & posse etiam filiosf. de quibus solis, cum a privilegio militari recesseris, juste dubitari poterat; sed non aliter omnes & filiosfam. de castrensi peculio tunc posse, quam jure communi omnium civium Romanorum. Non igitur negat Imperator, filiosf. milites in expeditione occupatos jure militari testari posse, sed ait, eos etiam cum in expeditione non sunt, testari posse, verum tunc non aliter, quam jure communi, significans, eos idem jus utrobique habere, quod patresf. stipendiia merentes habent. Ex præcedentibus autem apparet, quam inepti sint, qui militibus ordinum quorumdam, veluti Teutonicis, Rhodiis, aut Maltensibus, privilegium jure militari testandi asserunt, quasi nulla in hac causa ratio habita sit nudæ dignitatis, aut militiæ honorariæ. Vid. Duar. *in hunc tit. cap.* 3.

Paganorum) Pagani proprie dicti rustici, villani, κωμῆται, seu vicani. Hi autem & passim in libris nostris opponuntur militibus, eoque nomine significantur omnes ἀστρατευτοι. Peculium paganum & castrense, in paganico & in castris στρατευθὲν. A Scriptoribus Ecclesiasticis, & in constitutionibus Impp. Christianorum gentiles etiam pagani appellantur: quæ appellatio, ut credibile est, inde nata, quod cum urbes fere omnes sub Constantino fidem Christianam amplexæ essent, tamen adhuc diu post in agris & pagis hæsit religio gentilis, & reliquiæ ethnicismi. VINN. Alii paganos dictos Deorum cultores existimant, quod Christo non militent. Sed Vinnii ratio solida est. Nam & Orosius *in præf. lib.* 1. *Ex locorum*, inquit, *agrestium compitis & pagis pagani vocantur*. Et Prudent. *in Romn. v.* 296. eos ideo vacat *pago deditos*, itemque pago implicitos, *adv. Symmach. lib.* 1. *v.* 620. HEIN.

TEXTUS.

Rescriptum D. Trajani.

1. *Plene de testamentis militum Div. Trajanus Catilio Severo ita rescripsit*. Id privilegium, quo militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utique prius constare debeat testamentum factum esse, quod & sine scriptura & a non militantibus quoque fieri potest. Si ergo miles, de cujus bonis apud te quæritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet quem vellet sibi hæredem esse, & cui libertatem tribueret, potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, & voluntas ejus rata habenda est. Cæterum si (ut plerumque sermonibus fieri solet) dixit alicui: Ego te hæredem facio, Bona mea tibi relinquo: non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti. Alioquin non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent, se audisse dicentem aliquem, relinquere se bona, cum visum sit. Et per hoc vera judicia subverterentur.

NOTÆ.

1. *Et non militantibus*) Ita quoque *in d. l.* 24. Fabrotus mavult, *ut a non militantibus quoque*, quomodo legisse videtur vetus instit. Interpres Gallicus, qui est in Biblioth. Regia. Verba citat Fabrot. quod valde placet. Ut autem a non militantibus jure communi, ita a militantibus jure etiam privilegiato.

Convocatis hominibus) Saltem duobus, per *leg.* 12. *ff. de testib.* etiam sine solemni illa rogatione aut præmonitione, quæ jure communi necessaria, *l.* 21. §. 21. *h. t.* nam utique etiam sine ea constare potest de voluntate militis, quod solum requiritur. Et ideo scripta militis voluntas, etiam nullis testibus adhibitis rata est, per *leg.* 1. *in fin. per l.* 25. §. 1. *eod.*

COMMENTARIUS.

1 *In scripto militis testamento testibus opus non esse, in nuncupativo contra.*
2. *Quot testes a milite per nuncupationem testante adhibendi.*
3. *An rogatio testium testamento militari necessaria sit?*

Divus *Trajanus ita rescripsit*) Recitatur hoc idem rescriptum a Florentino in *leg. Divus*, 24. *hoc tit.* Sententia rescripti hæc est: voluntatem militis qualemcumque, etiam eam, quam sine scripto protulit, pro testamento observari; cæterum prius esse, ut constet appareatque serio atque animo testamenti faciendi militem verba pronuntiasse. Hoc ut doceatur, ipsorum militum maxime interesse, ne vera & seria eorum judicia subvertantur.

Et a non militibus quoque) Giphanius legendum putat dempta negatione, a *militantibus*, quia, ut ait, alienum sit hic agere de non militantibus. Sed ratio ista tanti non est, ut propterea a consentiente omnium Codicum lectione, quæ & Pandectarum Florentinarum auctoritate confirmatur, recedendum sit. Non militantium autem ideo mentio fit, ut ex eo, quod hic concessum est, arguatur, quod militantibus licere debeat. Argumentum a pari est: *Si licet non militantibus sine scriptura testari* (intellige secundum solemnitatem, quæ jure communi in testamento non scripto requiritur) *etiam militantibus licere debet eodem modo testari*, scilicet circa solemnitatem. Nam, ut ex verbis rescripti patet, consultus fuit Trajanus de testamento militis, quod hæredes ab intestato eo prætextu impugnabant, quod

quod id sine scriptura factum esset. Atque ita quoque Theophilus, quem falso Giphanius aliter legisse existimat. Fabrot. in *not. ad Theoph.* mavult legi, *ut a non militantibus quoque*. Quod valde placet. VINN. Sed sensus idem manet, si ET retineas: Nihil ergo opus est emendatione. HEIN.

Convocatis ad hoc hominibus) Ex his constitutionis verbis triplex orta controversia est; una de necessitate adhibendorum testium in testamento militis; altera de numero; tertia de eorum rogatione. (1) De prima assentior Viglio, Cujacio, Hotom. Bachov. scilicet interesse, utrum miles per nuncupationem & sine scriptura testetur, an per scripturam: in nuncupatione omnino testibus opus esse; quod etiam hic locus expresse exigit, & quomodo alioqui de voluntate militis voce prolata constare poterit? In scripto autem testamento, etsi nulli testes a milite adhibiti sint, ratam tamen esse militis voluntatem, utpote de qua per scripturam & manum ipsius testatoris, quæ legitima probatio est, constare potest. Nihil autem amplius exigitur, quam ut de voluntate militis quocumque modo testata constet. (2) De numero testium adhibendo a milite & nuncupationem testante sic sentio, neque unum testem (quod putat Theophilus) sufficere, neque plus exigi, quam duos. Illud, quia constitutio plurali numero utitur, neque unius testimonium legitimum est, quale tamen omnimodo requiritur; *l. Lucius*, 40. *h. t.* Hoc, quia pluralis elocutio duorum numero contenta est, *l.* 12. *de test.* Atque ex ratione juris gentium, quod solum in testamentis militum consideratur, ad probationem alicujus actus duorum testimonium sufficit. (3) De rogatione testium, quod tertium erat; eam non existimo in militari testamento esse necessariam. Primum, quia rogatio illa est pura puta solemnitas: in militaribus autem testamentis solemnitates omnes remissæ: deinde quia hæc omnium solemnitatum scrupulosissima est & subtilissima, longissimeque recedit a simplici ratione juris gentium, quæ sola regula est militarium testamentorum. Denique contraria sunt dicere, nudam & simplicem voluntatem sufficere, & desiderari rogationem. Quamobrem non dubito, quam falsum sit, quod Hotoman. post Jo: de Plateas & Angelum scribit, ne militem quidem sine certa testium advocatione monitorum, ut ei actioni operam dent, testamentum conficere posse. Nihil certe Hotomannum juvant verba hujus text. *convocatis ad hoc hominibus*. Quippe quæ hic non dispositive, sed narrative tantum ponuntur, atque ut exemplo aliquo declaretur, quomodo de militis voluntate, sine scriptura testati, certo constare possit. De eo enim præcipue hic agitur, atque hoc tantum cavetur. Ne quilibet militis sermo temere pro vero ejus judicio capiatur, cum sæpe soleant homines, præsertim merito alicujus provocati, jactare & dicis causa aliquid proferre, ac civiliter magis, quam ex animo loqui. At ubi certo ex circumstantiis liquet, serium esse quod miles prolocutus est, & profectum ab animo testamentum condere volentis voluntas ejus etiam ex hac ipsa constitutione servanda est. Atque ut certius de eo constare posse concedamus, si testes ad hoc specialiter sint convocati, aut cum alterius rei causa convenissent, præmoniti, cui rei eos adhiberi placeret, constare tamen etiam potest sine formali ista sive rogatione sive præmonitione. Quid enim si miles, forte postridie in aciem educendus, in tentorio præsentibus aliquot commilitonibus suis dixerit: *Ego Titium hæredem facio, ejusque rei vos mihi testes esse volo?* Certe hic præter testium fidem nihil requiritur, aut requiri ex ratione jurisgentium potest. Postremo si paginis rogandi testes necessitas in codicillis remissa est, *l. ult. in fin. C. de codicill.* quanto minus in testamento militis ea requirenda, quod iis ipsis etiam legibus, quibus codicillos constitutio civilis adstringit, solutum est?

Plerumque sermonibus fieri solet) Puta in conviviis, circulis, ac congressionibus familiarium, ubi nonnumquam leviter quædam effundimus, & jactamus magis, quam serio agimus aut loquimur. Et male ergo hinc colligit Hotomannus, ut ratum sit & pro testamento servandum, quod miles nuncupavit, non tam pendere ex militis voluntate, quantumvis serio testibus exposita, quam convocatione testium & testimonii denuntiatione. Cum hoc tantum hinc recte colligatur, non quemvis sermonem militis, quocumque loco coram quibusvis prolatum pro testamento continuo habendum esse; sed inspiciendas esse circumstantias, nec aliter, quam si ex his appareat, animum condendi testamenti militem habuisse, ratum esse oportere, quod pronuntiaverit. Atqui de eo etiam constare poterit sine testimonii denuntiatione. Et qui de præsentia sua falso deponunt, eadem opera se vocatos & rogatos esse mentientur.

Vera judicia subverterentur) Quamobrem merito notatur Domitianus, quod alienissimas hæreditates confiscabat, vel uno existente, qui diceret audisse se ex defuncto cum viveret, hæredem sibi esse Cæsarem. Sveton. in *Domitian. cap.* 11. Boni Principes ex jactatione aut nuda alicujus voce hæreditatem numquam admiserunt, *leg. ult. qui testam. fac. leg. penult. de hær. inst. leg. res quæ* 23. §. 2. *de jur. fisc.* §. *ultim. infr. quib. mod. test. infr.*

T E X T U S.

De surdo, & muto.

2. *Quinimo & mutus & surdus miles testamentum facere potest.*

COMMENTARIUS.

1. *Natura surdos & mutos in militiam legi non posse.*
2. *Quem natura voce auditu privavit, eidem denegasse & facultatem testandi.*
3. *Eos quoque qui casu aliquo muti & surdi facti sunt, suprema condere non posse, nisi scribere sciant.*
4. *Notatur oscitantia compositorum.*

HIC §. male a veteribus Interpretibus, Joanne Fabro, Porcio, Aretino, acceptus est de eo milite, qui natura surdus & mutus est. Nimirum cum paganis mutis & surdis, quibus non naturalis calamitas, seu morbus superveniens vocem abstulit, auresque conclusit, permissum sit testari, modo ii, quibus hoc accidit, scribere sciant, *l. discretis* 10. *C. qui testam fac.* putaverunt illi hic militibus aliquid jure singulari concedi, quod jure communi cæteris denegatum est: videlicet posse milites etiam mutos & surdos natos ex privilegio testari, utut voluntatem suam per signa ostendant; cujusmodi signa ajunt intelligi & explicari posse ab iis, qui cum muto & surdo familiariter vixerunt. (1) Sed primum bene a Viglio cæterisque melioris ævi Interpretibus observatum est, natura mutum

& surdum in numeros recipi aut in militiam legi non posse; utpote qui nec sacramentum præstare, nec imperium Ducis (1) aut signa audire, tesseramve accipere & reddere queat: ejusque rei etiam argumentum est, quod milites, qui in hanc calamitatem inciderunt, ob eam causam ut bello inutiles dimitti solent, *l. 4. h. tit.* ἀπόρου χάριν, inquit Theophilus: τοῦ μὴ στρατεύεσθαι. (2) Deinde non minus absurdum est, quod putant, eum, quem utraque illa facultate natura orbavit, testamentum facere posse: nam de signis quod afferunt, commentum est. Quæso enim, quibus signis is, cui nec audire, nec loqui a natura datum est, sententiam suam de eo, quod post mortem fieri velit, alteri explicare possit, qui, ut ipse Faber fatetur, ignorat quid sit testamentum? Ac proinde etiam παράδοξον hoc Fabro videtur, nobis autem ἀδύνατον; cum, quod natura negavit, beneficio Principis concedi non possit. Quod cum probe animadverteret Jason. in *add. ad Proc.* locum hunc, repudiato exemplo communi, accipiendum credidit de iis militibus, qui ex accidenti, accepto puta vulnere aut morbo aliquo in castris affecti, facultatem loquendi & audiendi amiserunt. Et quia paganis etiam casu aliquo mutis & surdis factis, si litteras sciant, testari concessum est. *d. leg. discretis* 10. *C. qui test. fac.* privilegium militum isto vitio affectorum in eo consistere putat, quod iis, etiamsi scribere nesciant, testari liceat, & hæredem per notas aut signa demonstrare, quod etiam Cantiunculæ placere video. Verum enim vero qui litteris non potest, quibus ille notis certam dabit (hoc enim omnino necessarium est ex constitutione Trajani) voluntatis suæ supremæ significationem? Signis vero testari quemquam mortalium posse, uti nusquam traditum est, ita nec admittendum, ut possit. Nam cum nulla signa idonea sint ad voluntatem ultimam alteri certo significandam, in re tanti momenti fides habenda esset divinationi quorumdam ineptorum hominum pro arbitrio suo hujusmodi signa temere interpretantium. Putaverunt igitur alii, nullum hic novum privilegium proponi, sed idem illud, de quo supra dictum, tantum porrigi ad eos milites, qui muti & surdi facti sunt, ut nimirum his etiam liceat ante causariam missionem in numeris manentibus jure militari testamentum facere, contemptis solemnitatibus juris communis, *d. l. 4. hoc t.* ne quis forte putaret, defectum sensus ac loquelæ solemnitate juris supplendum, aut quia ob id vitium mox dimittendi sunt, privilegio uti non posse. Sed nimis evidenter hoc loco novum privilegium profertur, quod ad personas militum & potestatem testandi, non tantum ad formam & remissionem solemnium pertinet. Ego arbitror, peccatum hic aliquid esse oscitantia Compilatorum. Certum est, olim paganum mutum aut surdum testamentum facere non potuisse, nisi ut liceret sibi facere specialiter a Principe impetrasset, *l. 7. qui test. fac.* militem autem mutum & surdum potuisse citra novam concessionem ex privilegio militari, *l. 4. h. t.* Nec minus hoc certum habeo, neque paganum mutum simul & surdum natum, aut factum quidem, sed qui scriberet, hoc unquam ex speciali gratia obtinere potuisse, quippe qui nec petere hoc potuit, neque militem in casu simili habuisse ex privilegio. Justinianus primus generali lege surdis & mutis (exceptis iis, quos modo dixi) facultatem testandi dedit, *d. leg. discretis* 10. *C. qui test. fac.* ex quo cum pagani hoc jus habuerint, id inter privilegia militaria, ut olim, amplius referri non debuit. Cum igitur nihilominus appareat, id quod hoc loco factum esse a Compositoribus, oportet eos, cum hæc vel ex responso Ulp. *in d. l. 4.* vel ex alio veteri Jurisconsulto describerent, non meminisse constitutionis illius Justinianææ; quæ tamen jam dudum edita erat, ut apparet ex subscriptione. Fallitur autem Bachovius, qui eam etiam priori Codici insertam fuisse opinatur, cum primum edita sit biennio post editionem illius Codicis, anno scilicet primo post consulatum Lampadii & Orestis. VINN. Justo sæpius compilatores vellicat Vinnius noster, & aliquando nihil tale meritos. Possunt surdi & muti pagani testari, si vitium sit discretum: milites etiam si conjunctum, dummodo, quid agant, intelligant. Illi non nisi in scriptis: hi & nota. Quidni enim miles vulneratus, amisso linguæ & aurium usu, præsentibus commilitonibus, signis quibusdam evidentissimis ostendere possit, quas res suas cuivis relinquere velit, si rationis usus ipsi salvus sit? Denique nec opus est, ut id militibus vulneratis, mortuis ante missionem, concessum dicamus. Nihil enim impedit, ut quæstio hæc oriri non possit, si in eo periculo testatus miles missionem impetravit, & paulo post ex vulnere decessit. HEIN.

T E X T U S.

De militibus & veteranis.

3. *Sed hactenus hoc illis a Principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant, & in castris degunt. Post missionem vero veterani, vel extra castra alii, si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium Romanorum jure id facere debent. Et quod in castris fecerint testamentum non communi jure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantum valebit. Quid ergo si intra annum quis decesserit, conditio autem hæredi adscripta post annum extiterit? an quasi militis testamentum valeat? Et placeat valere quasi militis.*

N O T Æ.

3. *Veterani*) Οἱ ἀπολυθέντες τῆς στρατείας. Suid. qui justam missionem legitimis impletis stipendiis consecuti sunt, *l. 2. ff. de veter. l. 1. C. de exc. vet.* ἀφέσεως ἐντίμου τυχόντες. Julian. orat. 1. v. Lips. *ad* 1. *annal. &* 2. *Hist.* Tac.

COMMENTARIUS.

1. *Falli tam eos, qui putant, hunc §. solum pertinere ad milites surdos & mutos militia missos, quam qui negant ad hos pertinere omnino.*
2. *An & quatenus milites capitis damnati jure militari testandi licentiam retineant?*
3. *An huc pertineant qui successoribus acceptis militare desinunt?*

(1) NUlla ratio est cur dubitemus, utrum hic §. cum superiore connectendus sit, referendusque solum ad milites mutos & surdos, an generaliter ad omnes militia missos. Quippe cum justior causa dubitandi sit de mutis & surdis propter incertitudinem voluntatis eorum, quam de reliquis; & quotquot sunt hac de re loci in Pand. illi generaliter loquuntur de omnibus, qui honestam vel causariam missionem meruerunt, *leg. quod constitutum* 21. *l. testamenta* 26. *l. quod dicitur* 38. *h. t.* neque absurdum est aut superfluum repeti, quod semel

semel dictum est, si id fiat alterius rei significandæ gratia, quam quæ præcessit, ut fit hoc loco. Sunt ex contrario qui putant, ea, quæ hic traduntur, ad mutos & surdos milites dimissos aut extra castra versantes non pertinere: sed eos etiam post missionem aut alibi degentes retinere facultatem jure militari testandi: quod, ut unus error plerumque plures parere solet, ex eo natum est, quod crediderunt, mutos & surdos milites, sive ita natos sive factos, etiam litterarum ignaros, jure militari testandi licentiam habere: quos si missos dicamus, non aliter testari posse, quam jure communi. Negamus, eos ullo modo posse testari: quia nec possunt jure communi, *l. discretis* 10. *Cod. qui testam. fac.* & hoc verissimum est: falsum autem quod pro vero assumunt, posse ejusmodi mutos & surdos jure militari testari, ut abunde probavimus §. *pr.*

Post missionem vero) Huic rei obstare videtur, quod etiam is miles, qui capite damnatus est, jure militari testandi licentiam habet, *l. ex militari* 11. *h. tit.* qui tamen maxime pro misso & exauctorato haberi debet. Non unum est, quod hic respondeatur. (2) Nam primum miles capite damnatus privilegium testandi non retinet, nisi id nominatim sententia comprehensum sit, *l. si quis* 22. §. 1. *de legat.* 3. aut petierit & impetraverit, ut sibi jure militari testari liceret, *l. cum hic* 32. §. *si miles* 8. *de donat. int. vir. & uxor. l.* 6. §. *sed etsi* 6. *de injust. rupt. irr. test.* Deinde nec is miles retinet, qui ex delicto communi capite puniri meruit, sed tantum, qui ex militari, *d. leg. & l.* 1. *de vet. & mil. success.* nec eo quovis: non eo, quo fidem sacramenti temperat, *dict. l.* 31. *h. tit.* verum ex leviore aliquo: sunt enim multa militiæ delicta minus atrocia, quæ tamen ut capite puniantur, rigor disciplinæ militaris postulat. Denique testandi jus his tantum conceditur de bonis castrensibus, quæ non vindicantur fisco: sed ab intestato ad proximos cognatos pertinent, *dict. l.* 1. & *l.* 2. *de vet. & mil. succ.* quod cum unicuique permissum sit a successione sua excludere facta testamento, id militi etiam in proposita specie permitti placuit.

Intra annum &c.) Testamentum in castris jure militiæ factum jus suum etiam post missionem intra anni spatium retinet, vel eo usque, dum institutionis conditio extiterit, *l. quod constitutionem* 21. *l. testamenta* 26. *l. quod dicitur* 38. *hoc tit.* De anni spatio hæc causa affertur, quod privilegia absentibus Reipubl. causa, quales etiam sunt milites, concessa post reditum usque ad annum perseverant, §. *item* 2. *sup. de exc. tut.* De conditione hæc, quia conditio quandocumque existens retrotrahitur, atque exinde perinde habetur, ac si ab initio pure institutio facta fuisset, *l. si pupillus* 26. *de cond. inst. l.* 11. §. *qui pot. in pign. l.* 8. *de per. & comm. rei vend.* Cæterum missionem intelligi oportet, vel honestam, quæ emeritis stipendiis indulgetur; vel causariam, quæ propter valetudinem. Nam eorum testamenta, qui ignominiæ causa missi sunt, statim desinunt militari jure valere, *dict. leg. testamenta* 26. *hoc tit.* Consule de hoc *leg.* 2. *de his qui not. infam.* Lipsium *in lib.* 1. *Annal. Tacit.* (3) Quæsitum est, an quod hic traditur, etiam ad eos pertineat, qui non missione, sed successoribus acceptis militare desinunt, quales sunt duces exercitus, tribuni cohortium, aut legionum, vel præfecti, nam testari quidem hos omnes jure militari posse, quamdiu exercitui, legionibus, aut cohortibus præsunt, certum est, *l. tribunus* 20. *l. Titius* 25. *hoc titul. l.* 4. *C. eodem.* Et Africanus respondit, non pertinere, sed statim atque successorem acceperint, horum testamenta jure militari valere desinere, *d. l. quod constitutum* 21. *h. tit.* Ait autem non pertinere, quantum ad verba constitutionum attinet, quæ de missis loquuntur, non quibus successor datur. Quid si igitur nos cum Cujacio *ad dict. leg. tract.* 4. *ad African.* tenemus, ex sententia constitutionis etiam ad hos beneficium illud pertinere? Cur enim verba legum captamus? Aut quid in proposito refert, utrum quis dimittatur, an successorem accipiat? Certe Ulpian. non dubitat edictum de iis, qui notantur infamia, quod de missis loquitur, ad eos extendere, quibus successores dantur, *d. l.* 2. §. *de iis qui not. infam.*

TEXTUS.

Si testamentum factum ante militiam.

4. *Sed & si quis ante militiam non jure fecit testamentum, & miles factus, & in expeditione degens resignavit illud, & quædam adjecit, sive detraxit, vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est, valere hoc testamentum, quasi ex nova militis voluntate.*

NOTÆ.

4. *Ante militiam*) Id est, qui cum adhuc paganus esset, non jure communi testamentum fecit.

Resignavit) Resignare est signatum aperire, ἀποσφραγίζειν, *l.* 1. §. 36. *dep. l.* 6. *test. quem ap.*

Manifesta militis voluntas) Utique igitur semper necesse est, ut miles postea factus tempore expeditionis nova aliqua testatione voluntatem declaret: alias id testamentum ad privilegia militaria non pertinebit, *l.* 9. §. 1. *l.* 20. §. 1. *l.* 25. *h. tit.* Nec obstat *l.* 15. §. 2. *eod.* ibi, *si militis contraria voluntaria non sit.* Hoc enim sic accipiendum, quasi JC. dixisset, si militis voluntas, quæ postea secuta est, priori non sit contraria, sed eam confirmet.

COMMENTARIUS.

1 *Testamentum rite a pagano factum jure militiæ valere, si is, miles postea factus & in castris degens, recenti aliquo judicio priorem voluntatem comprobaverit.*
2 *Si nulla nova voluntatis declaratio intervenerit, testamentum illud ad privilegia militum non pertinere.*
3 *Ulpianus secum & cum aliis conciliatus.*

Aliud privilegium militare spectans confirmationem testamenti ante militiam non jure ordinati, quod tale est: (1) Si quis, cum paganus esset, testamentum non jure communi civium fecit, & postea cum militare cœpisset, in castris aut expeditione degens, quovis recenti judicio, & sive voce, sive facto aliquo declaraverit, sed id testamentum valere velle, valebit ex nova militis voluntate: atque ita videbitur testatus per relationem. Est vero hoc superiori omnino consequens: nam cum militi nuda voluntate testamentum facere permissum sit, ei etiam permittendum fuit, testamentum, quod ante militiam fecit, nuda voluntate postea comprobare: quoniam hæc militis voluntas testamentum est *l.* 1. *in fin. pr. l. in fraudem*, 15. §. 2. *h. tit.*

Resignavit illud, & quædam adjecit sive detraxit, vel alia manifesta, &c. (2) Ad confirmationem testamen-

menti, quod quis inutiliter ante militiam facit, uti nihil amplius requiritur, quam ut miles postea factus tempore expeditionis id valere voluerit; ita etiam necesse est, ut hoc nova aliqua testatione voluntatis declaret. Duo enim semper in omni militari testamento exigimus; ut de voluntate militis constet; ut in expeditione testatus sit. At in proposito neque de voluntate militis constare potest, si nulla nova testatio intervenerit; quin potius tunc censendus est, priorem inutilem voluntatem, qualem esse sciebat, talem manere voluisse: nec dici potest in expeditione testatus: a quo neque factum quicquam est, neque dictum, quod ad comprobationem prioris voluntatis pertineat. Enimvero non praecise requiritur, ut miles recentem voluntatem aperte & verbis declaret, sed sufficit, eam re aliqua & facto significari, unde commode intelligi possit: cujusmodi facta sunt, si testamentum resignaverit, legeritque, ac rursus suo signo signaverit, si aliquid adjecerit, detraxerit, interleverit, induxerit, emendaverit. Alterutrum autem horum omnino necessarium est, ut hic locus aperte ostendit, & apertius adhuc Jurisconsultus, *l. Tribunus*, 20. §. 1. *eodem*, diserte scribens, si nihil eorum, quae diximus intervenerit testamentum ad privilegia militum non pertinere: quibus similia leguntur in *leg. quo dicitur* 38. §. 1. *in fin. eod. leg.* 8. §. 4. *de jur. eodem*. Omnium autem apertissimus in hanc sententiam locus est Marcelli in *leg. Titius*, 25. *hoc tit.* ubi sic scribit: *Testamentum, quod (Titius) ante tribunatum fecisset, nihil si postea ab eo factum, dictum esse probaretur, ad jus commune pertinet. Constitutionibus enim Principum non militum testamenta, sed quae a militibus facta sunt, confirmantur.* Cur igitur in re manifesta laboramus? Propter responsum Ulpiani, quod extat *in leg. fraudem*, 24. §. 2. *eod. tit.* in haec verba; *Testamentum ante militiam factum a milite, si in militia decesserit, jure militari valere, si militis voluntas contraria non sit, Divus Pius rescripsit.* Ecce, non novam hic voluntatis declarationem Jurisconsultus exigit, sed tantum ut nulla contraria voluntas secuta sit: atqui hoc etiam tunc sit, cum nulla omnino secuta est. An dicimus, Jurisconsultum loqui non de eo, qui cum paganus esset, testamentum fecit, sed de milite, qui testatus est ante militiam? Ita quidem Gloss. Joann. Fab. & alii. Sed ego hoc non capio, neque intelligo, quomodo miles dici possit ante militiam testamentum fecisse, nisi militem accipiat, κατ' αἰτίαν qui nunc miles est, cum tempore facti testamenti esset paganus: nec illa Ulpiani verba, testamentum ante militiam factum a milite, aliter accipi debent aut possunt, quam si dixisset; testamentum a milite factum antequam miles esset, seu cum adhuc esset paganus: quibus etiam verbis ille ipse utitur, idem hoc rescriptum Divi Pii referens, in *leg.* 1. §. 9. *eodem*. Hoc cum animadverteret Franciscus Hotomannus, ἀντινομίαν esse pronuntiavit, quem secutus est Ant. Matth. Verum enimvero si hic antinomiam admittimus, ubi non admittemus? Mille loci sunt, in quibus major in speciem cum aliis pugna est, quam in loco Ulpiani cum iis, quos antea allegavimus. Fatetur Hotomannus, Julianum, Marcellum, Paulum, atque adeo ipsum Justinianum hoc loco, exigere argumenta recentis judicii & prioris apertam comprobationem: sed ait, ita jus vetus fuisse; novum autem constitutum esse a Divo Pio sola taciturnitate, quasi perseverantia judicii contentum; quod jus proferatur ab Ulpiano: quam ob causam etiam Justinianum reprehendit, quod contra quam in proemio recipit, jus obsoletum hic nobis obtruserit. Si a solo Juliano, qui caeteris antiquior fuit, id proditum esset, poterat videri speciem aliquam veri habere, quod Hotomannus dicit. Sed cum etiam Marcellus, quo consiliario usum esse Divum Pium testis est Capitolinus, & post hunc etiam Paulus, qui assessor Papiniani, & Ulpian. in assessura collega fuit, auctore Lampridio, *in Alex.* idem affirment, nullus color relinquitur, qui opinioni Hotomani praetexi queat. Utique enim nimis putidum est dicere, aut ignorasse eos jus, quod a Divo Pio constitutum erat, ut contra expressam constitutionem Principis respondisse. Quin etiam ipse Ulpianus, *in leg.* 6. §. 1. *hoc titul.* diserte in hac eadem specie exigit prioris voluntatis expressam approbationem, idque, ut testatur, secundum D. Pii rescriptum. Ait enim, testamentum factum a pagano, qui postea militare coepit, jure militari valere, si miles factus hoc maluit, ut a D. Pio rescriptum est. Quid vero hoc aliud est, quam si dixisset, si miles factus indicio aliquo novae voluntatis ostenderit, se id velle valere? Significantioria certe sunt verba Jurisconsulti, quam ut de simplici silentio, aut voluntate in mente retenta intelligi possunt. Atqui idem rescriptum est, idemque auctor, qui ejus meminit in *dict. leg. fraudem* 15. §. 2. *eod.* proinde eumdem utrobique etiam sensum esse, licet verba diversa sint, oporteat. Quod cum dicimus, hoc dicimus, verborum *in dict. l.* 15. §. 2. *si militis voluntas contraria non sit*; & illorum *in d. l.* 9. §. *si hoc maluit miles*; unam eamdemque esse sententiam, quemadmodum ab uno eodemque prolata esse constat ad rem eamdem significandam. Plus nimirum sensit Jurisconsultus in *dict. l.* 15. §. 2. quam scripsit, quod dum manifestum sit tum ex aliis locis, tum ex *d. l.* 9. §. 1. quae est ipsius Ulpiani, cur verba urgemus, quae & ipsa insuper ambigua sunt, & sic quoque accipi possunt, non ut nulla nova voluntas exigatur, sed saltem aliqua, quae tamen priori contraria non sit, sed eam confirmet? Quamobrem miror, quod Hotomanno & Ant. Matthaeo, summis alioqui viris, in mentem venerit, quod eos, qui ajunt, Ulpianum & secum & cum caeteris de re proposita convenire, contentionis quam veritatis cupidiores esse, tam praecipites pronuntiaverint.

TEXTUS.

Si adrogatus vel emancipatus.

5. *Denique & si in adrogationem datus fuerit miles: vel filiusfamilias emancipatus est, testamentum ejus quasi ex nova militis voluntate valet, nec videtur capitis deminutione irritum fieri.*

NOTAE.

5. *Quasi ex nova militis voluntate*) *l.* 22. *eod.* ut capitis minutione secuta, voluntas petita censeatur: nam jure communi requiritur nova voluntatis declaratio, *l.* 11. §. 2. *sec. tab.*

COMMENTARIUS.

JUre communi testamentum irritum fit etiam minima capitis diminutione testatoris, puta si se adrogandum

dum dederit, §. 4. *infr. quibus mod. test. inf.* militare non item. Sed & si filiusfamilias miles a patre in adoptionem datus fuerit aut emancipatus, placet testamentum ejus valere, nec capitis diminutione irritum fieri, *l. milites* 22. & *l. seq. h. tit.* Ut autem huic quæstioni locus sit, oportet, testamentum factum situatur de bonis castrensibus; nam filius quidem familias de aliis bonis testari non potest; pater autem familias, etsi potest, si tamen de omnibus bonis testatus sit, necesse est tale testamentum infirmari adrogatione: quippe cum quicquid extra peculium castrense est, id acquiratur patri adrogatori: qua de causa etiam Jurisconsultus in *l.* 23. *h. tit.* expresse meminit militis de castrensibus duntaxat rebus testati. Quamvis autem quod hoc loco & *dict. l.* 22. & *l. seq.* proponitur, inter privilegia militaria referatur: idem tamen postea, neglecta subtilitate juris, productum videtur ad veteranos jure communi de bonis castrensibus testantes, *l.* 1. §. *exigit* 8. *de bon. poss. sec. tab. l.* 6. *ultim. de injust. nupt. test.*

TEXTUS.

De peculio quasi castrensi filiisfamilias testari permissum, sed jure communi.

6. Sciendum tamen est, quod, cum ad exemplum castrensis peculii, tam anteriores leges, quam Principales constitutiones, quibusdam quasi castrensia dederant peculia, & horum quibusdam permissum fuerat etiam in potestate degentibus testari, nostra constitutio id latius extendens permiserit omnibus, in hujusce modi peculiis testari quidem, sed jure communi. Cujus constitutionis tenore perspecto, licentia est, nihil eorum, quæ ad præfatum jus pertinent, ignorare.

NOTÆ.

6. *Nostra constitutio*) *dict. l. ult. Cod. de inoff. test. l. ult. Cod. qui test. fec.*

COMMENTARIUS.

1 *Privilegium jure militari testandi etiam nostri temporis militibus competere.*

De differentia & qualitate peculii filiorumfamilias actum *sup.* §. 1. *per quas pers. cuiq. acq.* hic tantum quædam monentur propter id peculium, quod ad exemplum castrensis filiisfam. concessum fuit, olim eorum, quibusdam duntaxat cum potestate de eo testandi, a Justiniano, cum eadem potestate omnibus, *l. ult. Cod. de inoff. test. l. ult. Cod. qui test. fac.*

Anteriores leges) Pandectas intelligo cum Cujacio. Etenim etiam ea, quæ legibus continentur, de hoc quasi castrensi peculio non esse ex lege aliqua ad populum lata, sed ex constitutionibus, argumento est, quod ipsum peculium castrense, cujus exemplo comparatum est quasi castrense, ex constitutionibus est. In Pandectis autem non semel tantum aut ad summum rerum, ut falso Mynsingerus existimat, sed sæpius hujus quasi castrensis peculii mentio fit, ut in *l.* 1. §. *in filiis* 6. *ad SC. Treb. l.* 3. §. *dari* 5. *de bon. poss. l.* 1. §. *nec castrense* 15. *de collat. l. filiusfamilias* 7. §. *ult. de donat.* VINN. Recte Vinnius negat peculium quasi castrense esse ex lege libera rep. condita, si de vocabulo quæstio sit. Id enim omnino inventum ad exemplum peculii castrensis. Res ipsa tamen locum habuit in virginibus Vestalibus, Flaminibus, Dialibus, aliisque sacerdotibus, qui veteri ritu capiebantur. Gell. *l.* 1. *cap.* 12. Hi enim licet patriæ potestati subessent, tamen poterant de peculiis suis testamentum condere. Dicuntur quidem patria potestate exiisse: Ulp. *Frag. tit.* X. §. 5. sed Gellius addit: *sine capitis diminutione*, ne eos jura familiæ amisisse existimes. Quum itaque hoc privilegium sacerdotum admodum simile fuerit ei, quod postea constitutionibus principum filiis familias in peculio quasi castrensi datum novimus; non absurde existimari poterit, has *anteriores leges* hæc scribenti vel Triboniano, vel Cajo, vel alii cuicumque veteri Jurisconsulto, antiquitatis gnaro in animo fuisse. HEINN.

Quam principales constitutiones) Constitutiones intelligit recentiorum Imperatorum, quarum quædam etiam extant in posteriore Codice, *l. velut.* 7. *C. de assess. l.* 4. *C. de adv. div. jud.* 2. *l. unic. C. de castr. omn. palat. pec. l. ult. C. de castr. pet. lib.* 12.

Et quorum quibusdam) Veluti consulibus, proconsulibus, legatis & præsidibus provinciarum, cæterisque in universum omnibus, qui positi erant in eminentiore aliquo dignitatis aut administrationis gradu: patronis vero causarum, memorialibus, agentibus in rebus, magistris liberalium artium, archiatris, & id genus aliis in tam ampla dignitate non constitutis, ea quidem, quæ hujusmodi operam Reipub. navantes paraverant, plena proprietate concessa fuerunt, ut hæc etiam patre mortuo quasi peculium quoddam castrense præciperent: cæterum jus de his rebus testandi iis datum non fuit, *l. ult. Cod. de inoff. test.* Hinc apparet, non satis validum esse argumentum, quo nonnulli filiisfamilias jus testandi defendunt etiam in peculio adventitio iis casibus, quibus plena ejus proprietas illis concessa est: de quo amplius *tit. proxime seq.*

Testari quidem, sed jure communi) *dict. l. ult Cod. de inoff. test. dict. l. ult. Cod. qui test. fac.* Quare filiifamilias omnes, qui quasi castrense peculium habent, idem per omnia in eo jus habent ex constitutione Justiniani, quod filiifamilias veterani in peculio castrensi: jure autem militari testari non possunt: hoc enim privilegium illis solis tributum est, qui sub armata militia stipendia merent: neque simpliciter, sed tunc, cum expeditionum laboribus occupantur, ut inepti sint, qui hoc extendunt ad alias militiæ species, togatæ scilicet aut alias imaginariæ, cujus crebra mentio in tribus posterioribus libris Codicis. Illud nihil refert, utrum quis pedes mereat, an eques. In classibus omnes nautæ & remiges milites sunt, *l. unic.* §. 1. *de bon. poss. ex test. mil.* Quidam negaverunt, privilegia jure militari testandi competere militibus nostrorum temporum, eo quod vetus ratio legendi & ritus assumenti militem in desuetudinem abiit. Sed hoc argumentum nullius momenti est: durat enim nihilominus causa privilegii, laborum & periculorum functio, cum in expeditionibus sunt, ubi armorum strepitus vocem juris civilis eos audire non patitur. Vigl. *ad rubr. hic* Gail. 2. *observ.* 118. Vaud. 1. *quæst.* 55. Christin. *volum.* 4. *dec.* 3. Sichard. *ad rubr.* 6. *cod. h. tit. n.* 9. Graff. §. *substitutio q.* 66. Grot. 2. *intr.* 7. Perez *C. de test. mil. in fin.*

TITULUS DUODECIMUS.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.

D. Lib. 28. Tit. 1. C. Lib. 6. Tit. 22.

1. *Ut testamentum consistat, quænam in persona testantis requirantur?*
2. *Damnatum capite olim certo jure testandi facultatem amisisse.*
3. *An novellis legibus ab eo jure recessum?*

Reditur ad jus commune. Disseruit *tit.* 10. de forma & modo testandi: progreditur nunc ad personam testantis; quod est alterum ex tribus illis, quæ in omni testamento consideranda esse diximus *sub. rub. d. tit.* (1) In persona testantis duo exiguntur: unum est, ut conditione sit civis Romanus: quod indicat primum & secundum caput legis Falcidiæ, *l.* 1. *ad leg. Falc.* Proinde testamentum facere non possunt peregrini, ad peregrinitatem redacti, ut deportati, *l.* 8. §. 1. & 2. *h. tit. qui test. fac. l.* 1. §. 2. *de legat.* 3. nec servi aut capti ab hostibus, *dict. l.* 8. §. *ultim l. filiusfam.* 16. *hoc tit.* §. *ultim. infr. eod.* nec obsides, nisi eis permittatur, *l.* 11. *eod.* Ac ne is quidem, qui de statu suo & conditione incertus est, testari potest, *l.* 14. & *seq. eod. l.* 1. *in pr. de legat.* 3. Alterum est, ut sit sui juris, uno verbo paterfamil. de quo statim *in pr. hujus tit.* Qui patresfamiliarum sunt, omnes testamentum facere possunt, exceptis iis, qui voluntatem suam recto certoque judicio significare aut exprimere nequeunt, de quibus in §. 1. & 3. *seqq.* nec non aliis quibusdam, quos lex ob delictum admissum, aut apostasiam hæresimve nominatim testari vetat, *l. is cui* 18. §. 1. *l. cum l.* 26. *hoc tit. l.* 3. *Cod. de apostat. l.* 4. *Cod. de hæret. & Manich. l.* 6. & *auth. seq. Cod. de incest. nupt.* (2) Olim omnes capitali crimine damnati certo jure testamenti factionem amittebant, quoniam statim atque sententiam passi essent, libertatem, & civitatem perdebant, *dict. l.* 8. §. *ultim. l.* 6. §. *sed* & 6. *de injust. rupt. test. l.* 12. *qui ult.* 29. *de pæn.* Ajo *damnati*: nam si quis indemnatus, quantumvis post accusationem & in custodia decessisset, ejus testamentum valebat, *l.* 9. *h. tit.* uti & damnati appellatione interposita, medioque tempore pendente appellatione testati & defuncti, *leg.* 13. §. *ult. eod.* (3) Quæritur autem, an novellis legibus, *Nov.* 17. *cap.* 12. *Novel.* 22. *cap.* 8. *item* 134. *c. ult.* unde *auth. sed hodie Cod. de don. int. vir. & uxor. & auth. bona C. de bon. proscript.* ab eo jure recessum sit? Nam his constitutionibus & servitus pœnæ tollitur, & bona capite damnatorum non publicantur, extantibus liberis & parentibus. Sed tamen quia eis bona adimuntur, & in liberos vel parentes transferuntur, ne hodie quidem eos testari posse dicendum videtur. Div. Tulden. *hic cap.* 6. add. Salicet. *in dict. auth. sed hodie.* Vasq. 3. *contr. illustr.* 96. Grass. §. *testam. q.* 26. Clar. §. *testam. q.* 31. Jac. Vervvy *tract. de art. testam. c.* 4. ubi notat, in his regionibus damnatos capite, quorum bona publicata non sunt, testamenti factionem retinere.

TEXTUS.

De filiofamilias.

Non tamen omnibus licet testamentum facere. Statim enim ii, qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent: adeo quidem, ut quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis jure testari possint: exceptis iis, quos antea enumeravimus, & præcipue militibus, qui in potestate parentum sunt: quibus de eo, quod in castris acquisiverunt, permissum est ex constitutionibus Principum testamentum facere. Quod quidem jus ab initio tantum militantibus datum est ex auctoritate D. Augusti, quam Nervæ, nec non optimi Imperatoris Trajani: postea vero subscriptione Divi Hadriani etiam dimissis a militia, id est veteranis concessum est. Itaque siquidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem hæredem reliquerunt. Si vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit. Ex hoc intelligere possumus, quod in castris acquisierit miles, qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare, neque patre mortuo cum fratribus commune esse: sed scilicet proprium esse ejus, qui in castris acquisierit: quamquam jure civili omnium, qui in potestate parentum sunt, peculia perinde in bonis parentum commutentur, ac servorum peculia in bonis dominorum numerantur; exceptis videlicet iis quæ ex sacris constitutionibus & præcipue nostris propter diversas causas non acquirantur. Præter hos igitur, qui castrense peculium, vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfamil. testamentum fecerit, inutile est, licet suæ potestatis factus decesserit.

NOTÆ.

Qui alieno juri subjecti) Filiifam. testamentum facere non possunt, *l.* 6. *h. tit. l. penult. Cod. eod.* & olim quidem vel ideo non poterant, quia nihil suum habebant. Ulpian. *tit.* 20. §. 9. Hodie non possunt, quia ne nunc quidem quicquam pleno jure tamquam patresfamilias habent, excepto peculio castrensi & quasi: de quo ob id etiam testari iis permissum. Testandi autem facultas solis patribusfamil. lege concessa: *Paterfam. uti legassit, &c.* Cicer. *ad Heren. lib.* 1. *cap.* 13.

Quamvis parentes permiserint) Quia testamenti factio juris publici est, *l.* 3. *hoc tit.* id est, ei soli competit, cui jure publico permissa. Ex quo efficitur, ut nec consentiente patre codicillos facere, legatumve aut fideicommissum relinquere filiusfamil. possit, *l.* 6. §. 3. *de jur. eod. l.* 25. §. 1. *de mort. caus. donat.*

Jure communi) Id est, jure hæreditario, post liberos & fratres intestato mortui, ut est in textu *l.* 3. *l.* 4. *C. de bon. quæ lib.* jure novissimo a liberis solum, non etiam a fratribus parens excluditur. *Novell.* 118. *cap.* 2. Explodendum igitur, quod Cujac. Pac. Fabr. in margine notant, *jure communi*, *id est*, *jure patrio*, *jure peculii*, & veteri & rogato jure in *l.* 2. *de castr. pec.*

Proprium ejus esse) Ita ut in eo vice patrisfamilias fungatur, *leg.* 2. *de SC. Mac.* quod jus & in quasi castrensibus ei postea tributum §. *ult. tit. ut sup.*

Quamquam jure civili) Oratio perplexa; sententia tamen Justiniani ex iis, quæ antecedunt & mox subjiciuntur, satis manifesta. Vid. Comment.

COM-

1. *Cur filiifamilias testamenti factionem non habeant?*
2. *Cur ne patre quidem consentiente recte testentur, cum ita mortis causa recte donent?*
3. *An testamentum a filiosfam. factum cum consensu patris propter adscriptam clausulam, ut id valeat cujuscumque ultimæ voluntatis vi, saltem sustineatur in vim donationis causa mortis?*
4. *Intestato filio mortuo, peculium castrense jure Codicis ad patrem non rediisse jure peculii: sed liberis & fratribus non extantibus, jure successionis ad eum devolutum.*
5. *Peculio pagano adventitio cum castrensi communia.*
6. *Plenius ac planius quam vulgo ostenditur, filiumf. ne de iis quidem adventitiis testari posse, quorum fructus patri non quæritur.*
7. *An de iis codicillos facere, aut sine patris consensu mortis causa hæc donare possit?*
8. *Quid hic moribus harum regionum receptum?*

QUi *alieno juri subjecti*) Lex duodecim tabularum liberam testandi facultatem civibus concedens præcise ac definite de patribusfam. locuta est. Extat integrum legis caput apud auctorem *ad Herennium lib. 1. cap. 13.* in hæc verba; *Paterfamilias uti legassit super familias, pecuniave sua, ita jus esto.* (1) Ex eo, quod Decemviri hoc jus nominatim concesserunt patrifamil. hoc est, civi Romano, qui sui juris est, satis intelligitur, idem eos filiisfamil. permittere noluisse. Quinimmo non potuerunt nisi ridicule testandi facultatem permittere iis, qui nihil suum habebant, de quo testari possent: quippe notum est, filiosfamil. olim omnia parentibus, quorum in potestate erant, pleno jure acquisivisse: quæ etiam ratio, cur filiifamil. testari non possint, reddita est ab Ulpian. *in fragm. tit. 20. §. filiusfamil. 9.* duratque eadem etiam nunc. Quicquid enim hodie filiifamil. proprium est, in eo non ut filiusfam. sed ut paterfamil. consideratur. Et peculium quidem castrense & quasi castrense sub qualitate patrisfamil. ei plenissimo jure concessum est: cæterum & in adventitio quadantenus vicem patrisfam. sustinet: cum alioqui ne proprietas quidem hujus peculii penes eum esse posset, pugnatque cum conditione filiifamil. aliquid proprium habere. Hoc autem posito, filiosfamil. jus testamenti faciendi non habere, consequens est, eos nec legatum aut fideicommissum relinquere, aut codicillos facere posse: quippe quæ iis demum permissa sunt, qui & testamentum condere possunt, *l. 2. de leg. 1. l. 1. §. 2. de legat. 3. l. 6. §. penult. de jur. eod.* Denique in his etiam locum habet ratio Ulpiani, quod filiifamil. nihil habent proprium.

(2) *Quamvis parentes eis permiserint*) *L. 6. eod.* Atque hoc etiam ut consectarium ex superiori deducitur. Etenim permissio ista patris non efficit ut filiusfamil. incipiat esse paterfamil. Lex autem duodecim tab. non aliis, quam patribusfamil. testandi potestatem concessit: eoque pertinet quod Papinianus scribit, *l. 3. eod. Testamenti factio non privati, sed publici juris est*, hoc est jus testamenti faciendi non privatorum auctoritate, sed jure publico & legibus cuique tribuitur. Adde, quod ne sic quid filiosfamil. quicquam acquiritur, de quo testari, aut in quo hæredem habere possit. Ex quo jam efficitur, ut nec consentiente patre codicillos facere, legare, aut fideicommissum relinquere valeat. Eadem enim utrobique ratio est. An igitur filiofam. nec mortis causa donare volente patre permittendum? Ita videri potest, cum mortis causa donationes per omnia fere ultimis voluntatibus comparentur, §. 1. *sup. de donat. leg. donat. l. ultim. Cod. de mort. cap. don.* Placuit tamen posse filiumfamil. permittente patre mortis causa donare: nimirum quia donatio mortis causa, etsi in plerisque jure ultimæ voluntatis censetur, in quibusdam tamen naturam negotii inter vivos & contractus habet, *l. senatus 35. §. 3. de mortis ca don.* maxime in eo, quod eam perficiendam traditione aut conventione opus est, ut pluribus ostendimus in *d. §. 1.* ac proinde hactenus etiam eodem jure cum conventionibus haberi, hoc est, privatorum arbitrio regi debet, perindeque habendum, ac si pater ipse per interpositam filii personam donasset, in eoque usus esset filii ministerio, *leg. 9. §. 2. de donat.* Atque hanc ob causam, etsi filii quoque personam in hac donatione spectatur, tum in ea perficienda, tum infirmanda, putarem tamen, etiam patrem eam revocare posse, cum Bart. *in leg. 2. §. 1. de donat.* Aug. & Joann. Fab. *hic.* Nam quod traditum est de testamentis, ea non debere pendere ex alieno arbitrio, *l. illa constitutio 23. de hæred. inst.* protinus ad mortis causa donationes trahendum non est. Non obstat iis, quæ diximus, argumentatio Ulpiani *in l. 1. §. 1. de tut. & rat. distr.* concludentis, ei, cui testamenti factio permissa non est, nec permittendum esse mortis causa donare. Procedit enim ista argumentatio in patrefamil. qui bona propria habet, sed testari non potest propter ætatem & defectum judicii, qualis est pupillus, de quo etiam Jurisconsultus loquitur. (3) Hinc jam illud quæsitum est, si filiusfamil. testamentum cum consensu patris condiderit adscripta clausula: *si non valeat jure testamenti, valeat jure codicillorum, aut cujuscumque ultimæ voluntatis vi*, num in hac specie voluntas filii sustineri debeat saltem in vim donationis causa mortis? Et vulgo placuit, debere: quoniam appellatione ultimæ voluntatis etiam mortis causa donatio continetur, & in proposito clausula illa, *aut cujuscumque ultimæ voluntatis*, in nulla alia specie ultimæ voluntatis verificari potest, quam in donatione mortis causa: quæ utique patris consensu facta valet, ut jam demonstratum est. Ita D. Vigl. *hic n. 10.* Clar. §. *donat. q. 6. n. 8.* Thesaur. *decis. 150.* Fachin. *5. contr. 64.* VINN. Cæterum in eo, quod ne permittente quidem patre testari potuerunt filiifamilias, deterior fuisse videtur eorum conditio, quam servorum, quos permittentibus dominis condidisse quasi testamenta, docet exemplum apud Plin. *lib. 8. Epist. 16.* HEIN.

Exceptis iis, quæ antea numeravimus) Qui scilicet castrense, & quasi castrense peculium habent. In his enim bonis filiifam. beneficio Principum testamenti factionem habuerunt, §. *ult. præc. tit. l. ult. C. de inoff. test. l. pen. & ult. C. h. t. l. 7. §. ult. de donat.* & quoad cætera quoque in hoc peculio plenissimo jure patrumfam. usi sunt, *l. 2. de SC. Mac. l. 4. de judic.* excepto quod intestati morientes in eo etiam exitum filiorumfamilias patiebantur, *leg. 2. de castr. pecul.* de quo mox uberius.

Quod jus ab initio tantum militantibus, &c.) Refert Imperator, quibus gradibus ad summum ejus juris, quod filiifam. in castrensibus habent, perventum est. Initium ejus Augusto tribuit, (Ulpianus Julio, *l. 1. de test. mil.* progressum Nervæ & Trajano, Ulpian. *d. loco* etiam Titi & Domitiani meminit) patetque ex illo Juvenalis *Sat. ult. vers. 52.*

Solis

Solis praeterea testandi militibus jus.
Vivo patre datur, &c.

Sub Domitiano idem obtinuisse: consummationem Hadriano: quippe illi militantibus tantum, hic etiam veteranis, de eo, quod in castris acquisiverunt, caeteroque peculio, quod militiae beneficio adepti sunt, *l. 11. de castr. pec.* vivis parentibus, quorum in potestate sunt, testandi facultatem dedit, ita ut quod antea solorum militum erat, id bonorum privilegium rescripto Hadriani factum sit. Illud interest, quod veteranis non nisi jure communi, militibus etiam suo, id est, militari jure, testamentum facere permissum est. Veterani autem dicebantur, qui exauctorati sub vexillo adhuc retinebantur, caeterorum immunes, nisi propulsandi hostis, vel qui confectis legitimis stipendiis protinus dimissi erant, ἀφέσεως ἐντίμου τυχόντες. Consule commentaria Div. Lipsii in *l. 1. Annal. Taciti*, ubi & de annis legitimae militiae.

Ad parentes eorum jure communi pertinet) Utut pater in peculio castrensi vivente filio nihil juris habuerit, ipsique filio concessum, in eo, quem vellet, haeredem sibi instituere; tamen diu jus vetus hactenus patri conservatum fuit, ut filio intestato mortuo, jure peculii etiam bona castrensia ad patrem redirent, eademque hoc casu adhuc esset conditio castrensis peculii, & pagani, nec in illo magis, quam in hoc filiusfamilias haeredem ab intestato haberet, *l. 2. l. 9. l. 14. de cast. pec.* (4) Caeterum huic juri posteriorum Principum constitutionibus derogatum est, & primum liberis militis aut veterani intestato mortui, deinde fratribus bona castrensia jure haereditatis delata, & tertio ordine parentibus: id quod hic locus aperte ostendit, atque ex eo etiam perspicuum est, quod filiifamilias etiam in bonis adventitiis, maternis & materni generis, lucrisque nuptialibus, eosdem haeredes habere placuit, *l. 3. l. 4. Cod. de bon. quae lib. l. ultim. Cod. comm. de success.* quibus tamen in bonis plus patri relictum, quam in castrensibus. Igitur quod hic Imp. ait, filiorumf. intestato decedentium bona castrensia, non extantibus liberis aut fratribus, ad parentes pertinere jure communi, non sic accipiendum est, ut Cujac. Hotom, Pacius, Fabrotus, & fere quotquot sunt, facere; jure peculii secundum jus antiquum, quo filii morte etiam peculium castrense, non quasi haereditas, sed quasi peculium & quasi a patre profectum ad patrem redibat; verum jure successionis seu haereditatis, quae tertio loco parentibus ab intestato defertur ex constitutionibus Principum, novo quidem, sed communi jure. Nam si jure peculii ea bona adhuc ad patrem redire oporteret; nemo in iis patri praeponi posset, ac nec cuiquam deferri possent jure haereditario; sed pater tanquam jam olim sua & a se profecta statim occuparet: nisi qui putet cum Viglio dici posse, liberis aut fratribus superstitibus jus patris quiescere: illis autem deficientibus, pristinum jus patri integrum relinqui. Sed hanc interpretationem praedictae constitutiones non ferunt, quae omnes loquuntur de jure & ordine successionis: add. quae scripsi ad §. *ultim. inf. de leg. agn. succ.* Plurimum vero interest, utrum dicamus, jure peculii, an haereditario apud patrem haec bona pertinere: quippe illo casu, mortuo filio, ipso jure apud patrem remanent, quasi perpetuo ipsius fuerint: hoc casu sine aditione nec acquiri, nec transmitti possunt: illo casu, peculio tantum tenus creditoribus filii respondere tenetur: hoc in solidum, nisi inventarium confecerit, §. 5. *inf. de haer. qual.* illo denique casu matrem excludit, hoc casu non item. Hodie jus liquidum est, atque haec disputatio penitus sublata. Constat enim ex *Nov. 118.* bona filiif. sive castrensia, sive pagana adventitia non amplius jure peculii, sed haereditatis patri deferri; nec jam ordine tertio, sed secundo, ita ut cum eo mater, simul & fratres defuncti admittantur.

Ex hoc intelligere possumus, &c.) Subjiciuntur hic quaedam alia jura, quae filiusfamilias in castrensi peculio habet, nimirum haec tria; primum, quod hoc peculium ita filii proprium est, ut pater id ei adimere non possit; alterum e superiori consequens, quod creditores patris id vendere aliove modo inquietare nequeant: tertium, quod patre mortuo, id filius praecipuum habeat, ne cum fratribus communicare, aut his conferre cogatur. Quae cuncta, aliaque plura etiam jure veteri obtinuerunt. Nam, ut ante dictum est, filiusfam. in castrensi peculio in omnibus jure patrisfam. fungebatur, tantum intestatus tamquam filiofamil. decedebat, *l. 1. de sen. Mac. l. 4. de jud. l. 4. de castr. pec.* junct. *l. 2. eod.* (5) Quae autem hic traduntur, olim erant castrensis peculii propria; hodie vero castrensi cum pagano adventitio sunt communia: nam nec adventitia bona pater filio nunc adimere potest: & quod olim in castrensibus juris erat, ut fratribus non conferrentur, *l. 1. §. non castrense 15. de collat.* idem hodie obtinet & in adventitiis, *l. ultim. Cod. eod. tit.* in solo profectitio peculio nihil mutatum est, sed quemadmodum id totum patri mansit, ita potest filio id pater adimere; ita patre mortuo cum fratribus communicandum: ita filius pati debet, ut id creditores paterni sibi habeant. Nam quando ab Ulpian. traditum est *l. 3. §. sed utrum 4. in fin. de minorib.* si patris bona a fisco propter debitum occupata sunt, peculium profectitium filio ex constitutione Claudii separari, id specialis humanitatis est. Princeps dum jus fisci minuit, suum minuit: at alteri jus quaesitum auferre non debet, *l. 2. de his qui sui, vel al. jur.* & fortassis debitum κατὰ χρῆσιν Jurisconsultus accepit pro debito ex causa delicti damnato patre. Nullam certe rationem habet, quod D. Viglius putat, ex causa delicti peculium a fisco occupari, at non ex causa debiti: longe enim major ratio est, ut peculium filii separetur patre damnato, quam cum fiscus venit ut verus creditor: quippe cum in poena nec privilegium habeat, sed creditoribus postponatur, *l. 11. in summa 17. l. quod placuit 17. de jur. fisc. l. unic. Cod. poen. fisc. cred. praef. lib. 10.* Ergo, inquit, non fiscus, sed filius damnato patre actione de peculio conveniendus est, contra quam respondit idem Ulp. *l. 1. §. 4. quand. act. de pec. ann.* Respondeo, fiscum etiam ea actione teneri, sed tunc cum filius peculium repudiavit: alioqui conventum exceptione se tueri, & creditores ad filium remittere posse.

Quamquam jure civili omnium, qui in potestate) Perplexe & salebrose haec traduntur. Jure civili antiquo filiusfamil. omnia patri acquirebat haud secus ac servus domino, uti dictum est §. 1. *sup. per quas pers.* primus Augustus excepit peculium castrense, aut potius milites in causa hujus peculii; Hadrianus etiam veteranos mox & quasi castrense peculium exceptum: procedente tempore etiam adventitium, & praecipue constitutionibus Justiniani; non tamen ut per omnia eodem jure peculium adventitium apud filium esset, quo castrense & quasi castrense, sed ut ille ejus proprietatem, pater usumfructum regulariter haberet, *d. §. 1. l. cum pater 6. C. de bon. quae lib.*

Pra-

Præter hos igitur, qui caſtrenſe peculium vel quaſi) Quamvis non tantum caſtrenſe & quaſi caſtrenſe peculium, ſed quædam etiam bona filii adventitia ex conſtitutionibus patri non acquirantur, atque a Juſtiniano in univerſum adventitiorum omnium proprietas filio conceſſa ſit: in duobus tamen iſtis generibus dumtaxat jus teſtamenti faciendi ei permiſſum, non item in tertio. Non habet hæc res dubitationem, cum, quod regulata eſt, filius tantum nudam proprietatem in peculio adventitio habet, pater uſumfructum: ſed cum ſint quidam caſus, quibus filio plena & ſolida proprietas acquiritur, anne tunc quidem de his bonis teſtari poſſit, non ſatis convenit. Caſus unus tum erat, cum Inſtitutiones componerentur. Nam *in l. ult. Cod. de bon. quæ lib.* ſic a Juſtiniano conſtitutum eſt, ut ſi filio hæreditas aut legatum fideive commiſſum delatum ſit, & pater filio conſentire nolit, ut hæreditatem adeat, aut relicta agnoſcat, filius propria auctoritate patre invito id facere poſſit, & ſibi hoc facto, quod relictum eſt, in totum acquirat. Novellis conſtitutionibus plures hujuſmodi ſpecies introductæ. Idem enim obtinere placuit in rebus filiofam. ea lege datis, ut ne uſusfructus ad patrem perveniat: item in hæreditate fratris aut ſororis, ad quam una cum filio pater admittitur; poſtremo etiam in iis rebus, quæ filio deferuntur, patre divortium faciente ſine cauſa: *auth. excipitur cum 2. ſeqq. de bon. quæ lib.* (5) An igitur ne his quidem caſibus filio permiſſum de peculio adventitio teſtari? Sunt qui putant, permiſſum eſſe, & Triboniano hæc ſcribenti in mentem non veniſſe *l. ult. §. ipſum autem 5. verſ. filii datam Cod. dict. tit.* ubi Juſtinianus duntaxat eo caſu, quo apud patrem uſusfructus eſt, filium de bonis adventitiis teſtari non permittit; inde enim a ſenſu contrario colligunt, in altera ſpecie adventitiorum id ei licere. Probabilis ſane collectio, niſi ipſe Juſtinianus poſtea mentem ſuam clare expoſuiſſet. Nam cum hæc ipſa quæſtio jam tum ætate Juſtiniani, nec multo poſt emiſſam *d. l. ult.* exorta eſſet, ipſe nova conſtitutione edita dubitationi occurrit, quæ eſt *l. penult. Cod. qui teſt. fac.* qua declarat, minime ſibi in conſtitutione nuper a ſe promulgata propoſitum fuiſſe, filiisfamil. in bonis adventitiis permittere teſtamenti factionem, ſive cum conſenſu, ſive ſine conſenſu patris bona poſſideant, ac proinde ſive nudam, ſive plenam eorum proprietatem habeant, ſed in hoc antiquam legem per omnia ſervari jubet. Conferantur inter ſe conſtitutiones; perſpicue apparebit, alteram alterius explicandæ, & *dict. l. penult.* tollendi erroris gratia, cui verba §. 5. *dict. l. ultim.* cauſam dederant, ſcriptam eſſe. Non enim alia lex per eam, quam *in dict. l. penult.* ait a ſe promulgatam eſſe; intelligi poteſt, quam in qua extat diſtinctio illa, cujus meminit, & ad quam ſe refert *in dict. l. penult.* utrum ſcilicet filius bona poſſideat cum conſenſu, an ſine conſenſu patris: at illa diſtinctio extat in una *dict. l. ultim.* nuſquam alibi. Sed quid quærimus amplius? Negat expreſſe *in dict. l. penult.* ſe jus teſtandi filio permittere in bonis, quæ poſſidet ſine conſenſu patris: atqui horum plenam proprietatem filio *in dict. l. ultim.* conceſſerat, neque erat tunc alius caſus, quo uſusfructus in hoc genere peculii ad patrem non pertinebat. Ad hæc jubet circa filiorumf. teſtamenta per omnia obſervari legem antiquam: nulla vero lege antiqua filiof. teſtamentum facere permiſſum, præterquam de bonis caſtrenſibus & quaſi caſtrenſibus: neque conceſſio plene proprietatis mutat qualitatem peculii, quæ ex ſola cauſa acquirendi æſtimatur. Ridiculi autem ſunt, qui per legem antiquam intelligunt ipſius Juſtiniani aliquam conſtitutionem, nominatim illam ipſam, quam explicat *lex ult. C. de bon. quæ lib.* Non potuit, niſi abſurdiſſime, antiquam appellare, quam initio *d. l. penult.* profitetur nuper a ſe promulgatam, nec ullas ſuas ipſius leges antiquas, cum nulla tunc eſſet biennio aut triennio vetuſtior. Noviſſimo jure ſi filiofamil. quædam alia ejuſdem generis bona pleno jure proprietatis conceſſa ſunt: nullum tamen jus de iis teſtandi ei datum legimus. *Nov.* 117. permittitur filio de hujuſmodi bonis quovis modo diſponere; at in Græco eſt διοικεῖν, quod teſtamenti factionem non comprehendit: & ſine eo etiam apertiſſimum eſt eo loco intelligi tantum diſpoſitionem inter vivos & liberam horum bonorum adminiſtrationem: quippe cum hæc diſpoſitio ei tantum permittatur, qui perfectæ ætatis eſt, hoc eſt, filiofamil. majori 25. annis: cæteroquin curatores ei dari jubentur; cum tamen minor 25. annis etiam curatorem habens, poſt annum decimum quartum teſtamentum facere poſſit, *l. 5. hoc tit.* At, inquits, quod conceditur inter vivos, id multo magis licere debet in ultima voluntate, *arg. tit. de leg. Fuſ. Can. toll.* Reſpondeo, hanc propoſitionem nec perpetuo verum eſſe, de quo vide Eveh. *in Top.* & procedere tantum in objecto præſuppoſita habilitate perſonæ, quæ deficit in filiofamil. Sic etiam non procedit in filiofamil argumentum ductum a jure plenæ proprietatis, quaſi eo jure conceſſo omnia conceſſa intelligantur, quæ patrifamil. in re ſua, ut ejus liberrimo moderatori & arbitro, permiſſa ſunt. Patet hoc ex eo, quod filiifamil. patroni cauſarum, magiſtri liberalium artium, &c. etſi plenam proprietatem peculii quaſi caſtrenſis olim habebant, jus tamen de eo teſtandi ante Juſtinianum non habuerint, *§. ultim. præc. tit.* Nimirum, ut dictum eſt in pr. qualitas filiifamil. obſtat, quominus teſtari poſſit: ut autem poſſit de caſtrenſi & quaſi caſtrenſi peculio, non ex eo eſt, quod ſimpliciter plena ejus proprietas filio conceſſa; ſed quia placuit id eum habere ſub qualitate patrisfamilias ut etiam de eo teſtari poſſet. Nihil movet, quod filius in hac ſpecie adventitiorum hæredem ab inteſtato habet: nam & in altera ſpecie, cum nuda eſt proprietas, habet, poteſt ex lege hæredem habere, etſi ſibi hæredem facere non poteſt; & in caſu *Nov. 22. cap. 26.* ponendi ſunt termini habiles filii emancipati: alioquin ſequeretur, etiam de iis adventitiis filium teſtari poſſe, quorum uſusfructus ad patrem pertinet. Poſtremo nullam admodum cauſam video, cur filiofamil. teſtandi facultas in una ſpecie adventitiorum concedatur, in altera denegetur: nam ſola uſusfructus a proprietate ſeparatio impedire non poteſt, quominus jus ſit de proprietate teſtandi, *inſ. de hær. inſt. in pr. l. recte decimus 24. de verb. ſignific.* Atque etiam communis eſt Interpp. ſententia. Porro hoc conſtituto filiumfamil. de bonis adventitiis teſtamentum facere non poſſe, tractari tamen adhuc poteſt, an non ſaltem de his bonis codicillos facere poſſit, cum hæredem in his bonis ab inteſtato habeat, quem onerari poſſe fideicommiſſo conſtat, *§. præterea 10. inſ. de fideicomm. hær.* (7) Sed magis eſt, ut nec codicillos facere poſſit, propter regulam juris: *Qui non poteſt facere teſtamentum, nec poteſt codicillos, l. 6. §. penult. de jur. cod. l. 1. §. 2. de legat. 3.* Quem lex ei hæredem dedit, cum omnino omnia bona, quæ poſt mortem relinqueret, habere voluit, & quaſi addixit: tam

vi ipsa non multum interest, hæredem sibi quis testamento instituat, an per fideicommissum alicui hæreditatem suam restitui jubeat. Plane mortis causa donationem in bonis, de quibus agimus, filio permittendam esse existimarem, & quod alias patris consensu potest, *l. tam is* 25. §. 1. *de mort. ca. don.* id ei hic licere etiam sine consensu patris, *arg. Novel.* 117. & eorum, quæ diximus in exegesi verborum hujus pr. *Quamvis parentes eis permiserint.* Diss. Anton. Fabian. *dec.* 43. *err.* 6. & *seqq.* ubi nec in bonis castrensibus donationem mortis filiosam. concessam fuisse contendit, contra expressum textum in *l.* 7. §. *ult. de donat.* Vid. D. Guil. Mas. *lib.* 6. *sign. opin. cap.* 6. & *seq.* ubi ex professo argumenta omnia Fabri diluit.

Licet suæ potestatis decesserit) *l. si filiusf.* 19. *h. t.* Est autem hoc jus generale, ut si quis tempore testamenti facti non habuerit testamenti factionem, testamentum ab eo factum non valeat, etsi postea testamenti factionem habere cœperit, §. *seq. l.* 4. *eod. l.* 1. §. *exigit.* 8. *de bon. poss. sec. tab.* obtinetque hic etiam regula Catoniana, *l.* 1. *de reg. Cat. l. quod initio* 29. *de reg. jur.* Interpretes communiter duos casus excipiunt, quibus filiusfamil. recte etiam de bonis adventitiis testetur, utique consentiente patre; si quid relinquat in pios usus, si liberos suos hæredes faciat: illic voluntatem sibi sustineri favore piæ causæ, hic favore liberorum: *Tiraquel. de priv. piæ caus. c.* 78. Clar. §. *testamentum qu.* 5. Tulden. *hic cap.* 11. Jac. Vervvey. *art. test. cap.* 4. *fac.* 4. *de sepul. in* 6. Christ. *vol.* 4. *n.* 6. ubi in casu posteriore nec consensum patris requirit. (8) Moribus harum regionum libere omnes, qui modo ea ætate sunt, qua testamentum condi potest, de bonis maternis cæterisque adventitiis omnibus recte testantur, neque consensu patris ad eam rem opus est. D. Elbert. Leon. *lib.* 6. *emend. c.* 3. *in fin.* Perez. *C. qui test. fac. n.* 10. Groenevv. *de l. abr. hic*, & *ibi laudat.* quod & in Hispania obtinet, *leg.* 5. *Tauri* & ibi Gomez. atque in Germania quoque receptum, utique si liberi seorsum a patre habitent; Reusner. *p.* 2. *cap.* 23. *n.* 16. De Gallia idem testatur Lud. Charond. *in memorab.* in Frisia tamen etiam in hac parte obtinet jus civile. D. Joann. a Sande *lib.* 4. *t.* 1. *defin.* 1. VINN. Quod de Germania ex Reusnero monet, nihil ad rem facit. Per separatam enim œconomiam, quam hic Reusnerus intelligit, liberi exire intelliguntur patria potestate. Ergo ibi tunc non testantur tamquam filiifamilias de peculio adventitio, sed tamquam patresfamilias de pecunia & re sua. HEIN.

TEXTUS.

De impubere & furioso.

1. *Præterea testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi judicium est. Item furiosi, quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit, & decesserit. Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur: certe eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente. Nam neque testamentum recte factum, neque ullum aliud negotium recte gestum, postea furor interveniens perimit.*

NOTÆ.

1. *Præterea*) *l.* 5. *hoc tit. l.* 19. §. 1. *de capt.* & *postl.* adde & alios ex *l.* 8. 9. 10. & 11. *ff. h. t.*

Postea pubes, &c.) Propter regulam, ut jam diximus, Catonianam.

Aliud negotium) Adeo ut ne matrimonium quidem furore superveniente solvatur, *l.* 8. *de his qui sui vel. al. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Impuberes nec tutore auctore testamentum facere posse.*
2 *Testamentum a furioso factum tempore dilucidi intervalli sustineri. Et quid si de eo dubitetur?*
3 *Cur furor postea incidens, &c. testamentum antea factum non vitiet, capitis minutio vitiet?*
4 *Quando locus sit regulæ: Quæ ab initio recte constituta est, resolvi, cum in eum casum pervenerunt, unde incipere non possunt?*

Quia nullum eorum animi judicium est) Impuberes intelliguntur, qui nondum annum ætatis decimum quartum compleverunt, id est, qui nondum ad supremum anni decimi quarti diem pervenerunt. In fœminis annus est duodecimus. *l.* 5. *hoc tit.* Horum ait nullum esse animi judicium, nimirum nullum plenum ac solidum, nullum tale, quale requiras in eo, qui de omnibus facultatibus suis una perpetua dispositione statuere cogitat. An igitur non saltem tutore auctore impuberi permittendum testamentum facere, uti potest eo auctore res suas alienare, hæreditatem adire, bonorum possessionem petere, aliaque facere, etsi perfectum animi judicium requirant, ut hic etiam quod impuberis judicio deest, tutoris prudentia suppleatur? Nequaquam. (1) Nam aliarum actionum periculum tutores præstant, & finita tutela earum rationem pupillis eorumve hæredibus reddunt; hujus vero reddere non possunt. Deinde testamenta non arbitrio alieno, non precaria, sed ipsorum testatorum prudentia fieri debent, ne quid temere & inconsulto per aliorum molimina in præjudicium familiarum & agnationis statuatur, & alieni potius, quam proximi, hæreditatem consequantur. Quin tutores, si hanc potestatem iis permittimus, semper operam dabunt, ut non alii, quam a quibus lucrum sperant, hæredes instituantur. Puberes autem testamenti factionem habere placuit statim a decimo quarto aut duodecimo anno completo, nec curatoris in eo consensum intervenire, *d. l.* 5. *hoc tit. l. Aurelio* 20. §. 1. *de lib. leg.*

Item furiosi) Furiosi quid a mente captis differant, docui *sup. tit. de curat.* §. *sed* & 4. Nimirum furiosum quidem omnem & mente captum esse sive dementem; at contra non omnem mente captum esse & furiosum, cumque mente captus a furioso distinguitur, ut plerumque fit, eum intelligi, qui cum sana mente non sit, in quiete est, nec, ut furiosi solent, agitatur & fertur præceps. Cæterum nihil refert in ullo actu aut negotio, demens quis sit simpliciter, an ad dementiam accedat & furorem: constatque, quamvis furiosi tantum hic mentio fiat, ad omnes, qui mente carent, hæc pertinere, *l.* 2. *l. Titia* 13. *in fin. de inoff. test.*

(2) *Quo furor intermissus est*) Furiosus per id tempus, quo furor intermissus est, testamentum jure facere potest, *l.* 9. *Cod. h. t.* quemadmodum & testis tempore intermissionis recte adhibetur, *l. qui testamento* 20. §. 4. *h. t.* Cæterum ut valeat testamentum, necesse est, ut id uno eodemque tempore remissionis perficiat; nam si cœpto testamento & necdum perfecto, furor eum iterum invaserit, nihil actum est, etiamsi po-

postea remisso denuo furore, id quod cœpit, perficiat, *d. l. 9.* Quid si proferatur testamentum conditum a furioso, quem certum est habuisse dilucida intervalla, incertum autem sit, quo tempore id fecerit? Et si quidem id ita ordinatum fuerit, ut quivis paterfamilias sanæ mentis sic dispositurus fuisse judicetur, pro testamento respondendum & credendum intervalli tempore factum D. Viglius censet, cui assentior. Pertinet huc quod Val. Maximus *l. 7. c. 8.* refert de Tuditani hominis certæ ac notæ insaniæ testamento; quod a centumviris confirmatum ait, *magis quid scriptum esset in tabulis, quam quis scripsisset, considerandum existimantibus*, add. Boet. *dec. 23. n. 81.* Mynsf. *4. obs. cent. 2.* Mantic. *de conj. ult. vol. lib. 2. cap. 2. n. 7.* Christin. *vol. 4. dec. 6. nu. 8.* Diod. Tuld. *comm. hic, cap. 3.* Graff. §. *testamentum, qu. 2.*

Eo, quod ante fecerint, testamento valente) in *d. leg. qu. testamento 20. §. 4. hoc t.* Similiter nec interdictio bonorum succedens, nec auditus sermonisve amissio testamentum ante factum vitiant, §§. *seqq. l. 7. §. 1. l. is cui 18. eod.* Palam igitur est, his casibus unum tantum tempus inspici testamenti facti, ac sufficere eo tempore testatorem habuisse testamenti factionem, etsi tempore mortis non habuerit. Proinde cum Jurisconsultus in *l. 1. §. exigit, 8. de bon. poss. sec. tab.* ait, Prætorem exigere, ut is, ex cujus testamento bonorum possessio petitur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, & cum faceret testamentum, & cum moreretur, intelligere debemus eum non hoc velle bonorum possessionem ex testamento non dari, si testator tantum tempore testamenti facti jus testandi habuerit, sed non dari, si habuerit tantum tempore mortis, non etiam tempore conditi testamenti, ut exempla illic proposita ostendunt. Si autem jus est in mutatione, quæ salvo statu & fortunis testatoris contingit, cujusmodi sunt superiores. (3) Quod si qua mutatio postea inciderit, per quam capite testator minuatur, puta si servus fiat, in insulam deportetur, si se adrogandum det, testamentum infirmatur, atque irritum fit, §. *4. inf. quib. mod. test. inf. l. 6. §. irritum 5. & seqq. de in just. rupt. test.* & ratio manifesta est. Quippe his modis non tantum amittitur testamenti factio, sed etiam conditio personæ testatoris sic mutatur, ut omnino testamentum habere non possit, ac ne hæredem quidem. Furiosus vero & prodigus, etsi testamentum facere non possunt, nihil tamen prohibet, quo minus hæredem ex testamento antea facto habeant, & præcedens eorum voluntas exitum sortiatur.

Neque aliud negotium recte gestum) De matrimonio idem traditur, *l. 8. de his qui sui vel. al. jur.* (4) In cæteris quoque negotiis quin idem juris sit, dubitandum non est, sive rem suam ante furorem alienaverint, de quo nemo ambigit; quoniam negotia perfecta & penitus consummata nullo eventu infirmari possunt: sive stipulandi aliquid promiserint, aut alias se obligaverint, licet hic aliquid desit ad consummationem negotii: sed hoc a curatore expediri potest. Neque enim in omnibus probata est sententia eorum, qui ea quæ ab initio recte atque utiliter constituta sunt, resolvi putaverunt, cum in eum casum incidissent, a quo incipere non poterant, *l. existimo 98. l. pen. §. 2. de verb. oblig. l. in ambiguis 85 1. de reg. jur. §. ex contrario 14. infra de leg.* sed tunc tantum cum casus incidens impedit, quo minus quod cœptum est, perfici atque ad finem suum perduci queat, ut evenit incidente capitis diminutione testatoris. Qua de re fortassis pluscula ad *dict. §. ex contrario 14.*

TEXTUS.

De prodigo.

2. *Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest: sed id quod ante fecerit, quam interdictio bonorum suorum ei fiat, ratum est.*

COMMENTARIUS.

Qui bona sua profundunt, nec modum, nec finem impensarum habent, parum e furiosis absunt. Plane enim quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum, ut inquit Jurisconsultus *l. his qui 12. in fin. de tut. dat. ab his*, quam ob causam placuit, hujusmodi hominibus bonorum administratione interdici: quia interdictione & testamenti factio ipsis adempta intelligitur, quippe qui non saniore judicio, quid de rebus suis post mortem fieri velint, statuturi creduntur, quam eas tractarent, si libera earum administratio ipsis permitteretur, *l. cui 18. h. t.* Puberum minorum 25. annis non eadem ratio est: neque enim his bonorum administratio interdicta est, ut male Donell. ad *l. 6. de verb. oblig. n. 9.* sed si velint, curatores accipiuntur; quibus quidem tum administratio permittitur, nec jam amplius ipsis minoribus, sed in hunc maxime finem, ne minores in contrahendo circumveniantur, quod in testamento non metuitur.

Quod ante fecerit) *d. l. is cui 18.* Testamentum enim, quod interdictione vetustius est, eadem ratione valere debet, qua quod factum est ante furorem. Imperator Leo *Nov. 39.* prodigo permittit *τὰ συμφέροντα διαθεῖν*, ea facere, quæ ipsi conducunt; & ratum quoque testamentum ejus esse jubet, in quo mores prodigi non apparent. Quod Viglio videtur naturalem æquitatem habere. Forte id admittendum fuerit, si quædam non levia argumenta saniorum morum præcesserint, per *leg. 1. de cur. fur.* Vide Sande *lib. 4. tit. 1. defin. 3.* Hoenerv. *de leg. gabr. hic.* Hic autem locus confirmat, quod supra §. *furiosi 3. de curat.* asseruimus, prodigum, quod attinet ad rerum administrationem & effecta juris civilis, non statim censeri eum, qui ipso facto prodigus est, sed tunc demum, cum ei bonorum administratio interdicta est: interdici autem non ipso jure, sed causa cognita decreto magistratus.

TEXTUS.

De surdo & muto.

3. *Item surdus & mutus non semper testamentum facere possunt. Utique autem de eo surdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit. Nam & mutus is intelligitur, qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Sæpe enim etiam litterati homines variis casibus & audiendi & loquendi facultatem amittunt. Unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus & modis secundum normam ejus possint testari, aliaque facere, quæ eis permissa sunt. Sed si quis post testamentum factum adversa valetudine, aut quolibet alio casu mutus, aut surdus esse cœperit, ratum nihilominus manet ejus testamentum.*

COMMENTARIUS.

Olim etsi quis mutus tantum erat, aut surdus, testamenti faciendi jus non habebat, nisi specialiter a Prin-

Principe impetravisset, ut sibi testari liceret, *l. 7. h. tit.* junct. *l. pen. §. 1. unde cogn.* cujus juris ratio significatur a Paulo *lib. 3. sent. 4.* quia neque mutus testes rogare potest, neque surdus adire testimonium perhibentes. Unde cum nemo quicquam a Principe impetrare possit, nisi qui ei preces suas aut voce aut scripto potest exponere, sequitur, eos mutos, qui scribere nesciebant, omnino testari non potuisse. Justinianus, quod singulare & personale jus erat, jus commune fecit, & generaliter surdis omnibus, vel mutis testamentum facere permisit, (cum aliquo tamen temperamento) ut jam amplius necesse non sit singulos id precibus impetrare, *leg. discretis* 10. *Codice hoc tit.* Sic vero ille constituit, ut si quis mutus & surdus simul sit, siquidem natura, is omnino testamentum facere non possit: sine casu, ut possit; si modo ante litteras didicerit, ut scripto voluntatem supremam exprimere queat. At si quis tantum mutus sit, aut surdus tantum, sive tales sint natura, sive morbo, his jure testari liceat eo modo, quo per rerum naturam voluntatem suam declarare possunt aut scripto aut lingua. Quod ne muto quidem tantum qui litteras nescit, testamenti factio hac constitutione permittitur, confirmat id, quod modo dicebamus, cum, qui talis sit, nec a Principe testandi licentiam obtinere posse. Illud in eadem constitutione absurdi est, quod Justinianus credit, eum, qui surdus natus est, loqui posse, & articulatam vocem edere: cum nihil tam certum sit, quam ei, cui auditus a natura negatus est, & sermonis usum ablatum, nec esse naturaliter surdos, qui non iidem sint & muti. Quod etiam Plinius testatur *lib.* 20. *cap.* 69. Alex. Aphodis. *problem.* 1. 138.

Qui omnino non exaudit, &c.) Hæc plana sunt. Notum enim est, eum, qui tarde, aut difficulter exaudit, non surdum, sed surdastrum dici, ὑπόκωφον, subsurdum & eos, qui graviter, aut ἀσαφῶς loquuntur, non mutos, sed blæsos, balbos μογιλάλους appellari; mutos autem dici elingues & fandi impotes, ἀλάλους. Plane muti etiam illi habendi sunt, qui ἀσήμως loquuntur, hoc est, sine ulla certa significatione vocis, ἀνάρθρῳ φωνῇ *leg. mutum*, 9. de *ædict. l. 7. in fin. de suppell. leg.*

Sed si quis post testamentum factum, &c.) Ob eamdem rationem, ob quam placere dicimus testamentum furiosi, aut prodigi, quod furore aut interdictione bonorum vetustius est, non infirmari.

T E X T U S.

De cæco.

4. *Cæcus autem non potest facere testamentum nisi per observationem, quam lex D. Justini patris nostri introduxit.*

COMMENTARIUS.

IN cæcos nihil est, ob quod testamentum facere prohibeatur: nam testes acire ac rogare potest, & audire sibi testimonium perhibentes. Quapropter & olim testamentum facere potuit. Paul. 3. *sent.* 4. & nunc quoque potest. Cæterum forma nunc accuratior præscripta, & quædam singularia in testamento cæci, ut fraus omnis, cujus hic major metus evitetur, constituta sunt lege illa Justini, quæ hic commemoratur, & extat *l. hac consultissima* 8. *C. h. t.* Sententia legis est, ut cæcus hæredem nuncupaturus (ineptum putavi monere, cæcum non aliter quam per nuncupationem testari posse) præter numerum testium ordinarium adhibeat & tabularium, aut si tabularii copia non sit, alium octavum testem: qui voluntatem nuncupantis scriptura excipiant, cui deinde testes omnes & tabularius subscribant, eamque obsignent, uti fit in testamentis scriptis, aut si prius testamentum suum scripto comprehendi curavit, ut tabularius coram testibus eam scripturam palam legat, eaque lecta cæcus testetur hanc suam voluntatem esse; deinde omnes subscribant & signent. Ubi hæc singularia notanda. 1. Quod non sufficit voluntatis nuncupatio, nisi & scripta accedat. 2. Adhibitio octavi testis qui testamentum scribat, aut antea rescriptum recitat. 3. Quod is testis debeat esse tabularius publicus, si ejus copia est. 4. Omnium subscriptio & subsignatio.

T E X T U S.

De eo, qui est apud hostes.

5. *Ejus, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit. Sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, sive redierit, valet jure postliminii, sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.*

N O T Æ.

5. *Quamvis redierit*) *l. 8. h. t.* nam postliminio non vitiatur Catonis regula. Codicilli autem scripti in captivitate ab eo, qui in civitate testamentum fecerat, eo reverso convalescunt, quia principium eorum jam in civitate constitutum erat, neque testamentum, quo confirmati sunt, *l. 22. §. 5. de capt. & post.* simile est in *l. 25. eod.*

Ex Lege Cornelia) Postlimini & legis Corneliæ fictio in omnibus partibus juris servatur, passim *ff. & Cod. eod.* Vid. §. 5. *sup. quib. mod. jus patr. pot.*

COMMENTARIUS.

1. *Etsi testamentum apud hostes factum jure postliminii non convalescat, codicillos tamen ibi factos convalescere.*
2. *Hodie in orbe Christiano hujus §. usum non esse, præterquam secundum quosdam, si qui a Turcis, &c. capti fuerint.*

QUI *apud hostes est*) *l. 8. hoc tit.* Ratio manifesta est. Quia captus jure belli servus fit hostium; ut autem testamentum consistat, necesse est testatorem jus testandi habere, cum testamentum facit; nec postliminio vitiatur regula Catoniana. Sed nec obsides, nisi eis permittantur, testamentum facere possunt, quia velut pignoris jure tenentur, & fiscus eorum bona occupat, *l. 11. hoc tit. l. Divus* 31. *de jur. fisc.* Qui autem a prædonibus capiuntur, quia liberi manent, *l. 9. §. 2. de capt. & postlim.* testamenti factionem retinent, ut & illi, qui apud exteros legatione funguntur, *l. 11. in princ. & §. ult. hoc tit. & ib.* Cujac. add. Grass. §. *testam. quæst.* 25. Vasq. 3. *contr.* 103. *n.* 1. VINN. Immo & capti in bellis civilibus. *l. 21. ff. de capt. & postl.* Hi enim non fiebant servi, sed proscribebantur, quod est inventum Sullæ. Vellej. II. 28. HEIN.

Sed quod, dum in civitate, &c.) Testamentum ante captivitatem recte factum, etsi reipsa irritum sit captivitate, fictione tamen juris sustinetur. Est autem duplex in hac re fictio; postliminii, & legis Corneliæ, *leg. 6.* §. *pen.*

§. pen. de injust. rupt. test. illa, si captus redierit, locum habet; hæc, si in captivitate decesserit. Illa fingit retro in civitate testatorem fuisse; hæc retro in civitate decessisse. Imperatores in *l. 9. C. de postl. rev.* inconsiderate tribuunt legi Corneliæ, quod est juris postliminii. Quærat autem aliquis, cur cum postliminio reversus fingatur semper in civitate fuisse, & ita habeatur, ac si medio tempore nulla captivitas intercessisset, non convalescat postliminio testamentum, quod quis tempore captivitatis fecit? Resp. quia quod non est ante captivitatem, id nec postliminium habere potest. Non obstat, quod codicilli in captivitate scripti ab eo, qui in civitate testamentum fecerat, eo reverso, jure postliminii convalescant: nam eorum principium & firmamentum jam in civitate constitutum est; nimirum ipsum testamentum, quo confirmati sunt, *l. in bello 12. §. codic. 5. de capt. & postl.* (1) Eadem ratione placuit, si uxor cum marito capta fuerit, eaque in captivitate ex marito enixa sit, etiam liberos ibi natos jus postliminii habere, & reversos cum parentibus justos liberos esse, *l. Divi 25. d. tit.* nimirum quia nati sunt ex matrimonio in civitate legitime contracto. Illud nullius momenti est, quod Aretinus monet, esse regulam, *media tempora non nocere*, *l. 6. §. 2. l. si alienum n. 49. §. 1. de hæred. inst. §. in extraneis 4. inf. de hær. qual.* ac proinde videri supervacuam fictionem juris postliminii ad testamentum conservandam. Quippe illa definitio ad hæredem pertinet, non ad testatorem, cujus testamentum amissa civitate stare non potest. Fallitur autem Aretinus, dum respondet, procedere regulam, si medio tempore status testatoris mutatus non fuerit. Error hic perspicuus est, *d. l. 6. §. 2.* & statu non mutato, quæ, rogo, potest esse dubitandi ratio? Porro non in hac tantum parte juris, sed etiam in cæteris omnibus & postliminii & legis Corneliæ fictio servatur, *l. 5. §. 1. d. in bello 12. §. 1. l. retro 16. l. in omnibus 18. & passim de capt. & postlim. & Cod. eod. §. si ab hostilibus 5. sup. quib. mod. jus pot. solv.* Postliminio æquiparatur restitutio capite damnati, *l. 6. §. pen. de in just. rupt. test.*

Ex lege Cornelia) *L. lege Cornelia 12. h. t.* Hæc lex mortis & captivitatis tempora conjungit. Id est, fingit, eum qui apud hostes decessit eo tempore quo captus est, decessisse civem & familiam habentem. Quo tempore, aut quo auctore lata sit, non liquet. Quod D. Viglius putat latam esse primo bello Punico ab aliquot ex familia Scipionum, conjectura est, nec satis probabilis. VINN. Immo probabilius est, legem hanc Corneliam non aliam esse ac illam Cornelii Sullæ testamentariam, cujus meminit Cic. *in Verr. lib. 1. c. 42.* Et ita Hotomanno quoque videtur. Potuit ea lex & de postliminio aliquid sanxisse, adeoque fortassis culpa vacant Imperatores in *l. 9. C. de postl. reversis*, ubi inconsiderate legi Corneliæ tribui ait Vinnius quod sit juris postliminii. Postliminii sane jus non solum moribus, sed & legibus constitutum dicitur, *l. 19. ff. de capt. & postlim.* HEIN. Hodie in orbe Christiano nullus hujus §. usus est, nisi in iis, qui a Turcis aut id genus aliis Barbaris capti sunt. Nam cum, quod olim tantum obtinebat in bellis civilibus, *l. si quis 21. §. 1. de capt. & postl.* (2) nunc inter Christianos consuetudine generali invaluerit, ut bello capti servi hostium non fiant, sed liberi & cives manent, ac jus sit pretio eos redimere, poterunt etiam dum apud hostes sunt, testari, *arg. l. 13. h. t.* Alc. *ad l. hostes 118. de verb. sign.* Duar. *ad tit. qui test. fac. p. 318.* Graff. *d. q. 25.* Zypæ. *not. jur. Belg. de test.* Sande *lib. 8. tit. 1. defin. 2.* Nonnulli idem juris habere etiam a Turcis captos existimat, Covarr. *c. peccat. p. 2. §. 11. n. 6.* Cypr. *Cens. Belg.* Groen *de l. abrog. hic.* Illud etiamnum observatur, quod transfuga jus testandi non habeat, quoniam jura civium amittit, nam hostium numero habetur, *l. postliminium 19. §. transfugæ 4. de capt. & postlim.* Jacob. Vorvvey. *a test. cap. 4.* Sande *ubi sup.*

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE EXHÆREDATIONE LIBERORUM.

Dig. Lib. 28. Tit. 2. C. Lib. 6. Tit. 28. & 29. Nov. 115.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

HActenus de personis, quibus jure publico potestas testamenti faciendi data aut denegata est; item de modo testandi, sive externis testamenti solemnitatibus, comparatis ad firmandam testationis fidem. Sequitur tertium res, quas in ipso testamento inseri & caveri oportet, ut justum ratumque habeatur; quam intrinsecam testamenti solemnitatem appellare possunt. Est que duplex; una communis omnium testatorum, hæredis scilicet institutio; altera quorumdam duntaxat propria, & maxime parentum, qui liberos in potestate habent, videlicet eorum liberorum exhæredatio, si ipsi hæredes non instituantur: de quo idcirco etiam inter cætera, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, præcipiendum fuit, *l. inter cetera 30. h. t. de lib. & postk. hær. intest. vel exhær.* Existimaverit aliquando Hotomannus, inscriptionem hujus tituli corrigendam esse, legendumque: *De institutione vel exhæredatione liberorum*: quod & Wesembecius tacite secutus est. Verum postea idem Hotomannus ab hac sua sententia recessit. Mihi quidem nulla mutatio necessaria videtur. Cæterum si secundum priorem sententiam Hotomanni inscriptio concipiatur, non eo minus probaverit, quod ostendit *τὸ γ- ...* ejusdem argumenti in τῷ d. l. inter cætera 30. in præcepto quoque legis disjunctio est; *Pater filium, quem in potestate habet, aut hæredem instituito aut nominatim exhæredatio*: Exhæredare est, eum, qui alioqui hæres futurus erat, ab hæreditate repellere. Et de solis suis hæredibus proprie dicitur, qui nisi removerentur, ipso jure hæredes existerent, & vivo adhuc patre quodammodo domini existimantur, *l. in suis 11. h. t.* de extraneis per abusionem. Jure civili antiquo non erat in omnibus liberis, etiam iis, qui in potestate erant, & sui hæredes, exhæredatio æque necessaria, nec omissæ idem semper effectus: ritus quoque variabat pro sexu, pro gradu, prout nati jam liberi, aut nondum nati essent tempore facti testamenti; quæ omnia diligenter hic Imperator exequitur: deinde subjicit, quid ipse novi juris constituerit. Ad extremum agit de præteritione, quæ vim exhæredationis habet. Continet autem hic titulus principia magnarum & difficillimarum quæstionum juris qua veteris, qua novi, adeoque diligentem atque accuratam desiderat paginum omnium interpretationem.

T E X T U S.

Jus vetus de liberis in potestate.

Non tamen, ut omnino valeat testamentum, sufficit hæc observatio, quam supra exposuimus: sed qui filium

in potestate habet, curare debet, ut eum hæredem instituat, vel exhæredem eum nominatim faciat. Alioqui si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem, ut si vivo patre filius mortuus sit, nemo hæres ex eo testamento existere possit; quia scilicet ab initio non constiterit testamentum. Sed non ita de filiabus & aliis per virilem sexum descendentibus liberis utriusque sexus antiquitus fuerat observatum: sed si non fuerant scripti hæredes scriptæve, vel exhæredati exhæredatæve, testamentum quidem non infirmabatur, jus tamen accrescendi eis ad certam portionem præstabatur. Sed nec nominatim eas personas exhæredare parentibus necesse erat, sed licebat inter cæteros hoc facere. Nominatim autem quis exhæredari videtur, si ita exhæredetur; Titius filius meus exhæres esto: *sive ita:* Filius meus exhæres esto, *non adjecto proprio nomine, scilicet, si alius filius non extet.*

NOTÆ.

De exhæredatione) Exhæredatio est hæreditatis lege datæ ademptio: unde solis de suis hæredibus proprie dicitur, de aliis per abusionem. Aliis hæreditas defertur tantum, suis etiam datur, *§. 2. inf. de hær. qual.*

Non sufficit hæc observatio) In modo scilicet testandi & solemnitatibus comparatis ad firmandam testationis fidem, de quo *sup. tit. 10.*

Vel hæredem faciat) De quo idcirco etiam inter cætera, quæ ad ordinanda testamenta pertinent, præcipiendum fuit, *l. 30. ff. de lib. & post.*

Inutiliter testabitur) *d. l. 30.* Plane si filius patri superstes bonis paternis se abstineat, voluntas ex bono & æquo sustinebitur, *l. 17. de injust. rupt.*

Vivo patre mortuus) *l. 7. h. tit.* propter regulam Catonianam, *l. 1. de reg. Cat. l. 29. l. pen. de reg. jur.*

Non ita de filiabus, &c.) Diversi juris rationem indicat Ulp. *l. 8. §. 1. de injust. rupt.*

Nominatim autem) Vid. *l. 1. l. 2. & 3. ff. h. tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Filio, qui in potestate est, præterito, testamentum jure civili prorsus inutile & nullius momenti esse: ac quatuor consectaria inde deducta.*

2 *Filia & nepotibus ex filio præteritis, jure antiquo testamentum substitisse, dato his jure accrescendi scriptis hæredibus.*

3 *Ad quam portionem hæ personæ præteritæ scriptis hæredibus accreverint?*

4 *An eas præteritas ad bonorum possessionem contra tabulas Prætor admiserit?*

5 *Filiam & nepotes ex filio exhæredatos, licet non nominatim, neque jus accrescendi habuisse, neque a Prætore ad contra tab. bon. possessionem vocatos: modo cæteræ leges exhæredationis observatæ fuissent.*

6 *An testamentum, in quo filius præteritus est, prorsus inutile sit & jure prætorio?*

7 *Filio præterito se abstinente, prætorem habere rationem testamenti, etiam cum extranei instituti sunt.*

Refertur hic differentia, quæ in re proposita olim observabatur in sexu & gradu liberorum jam natorum. (1) Meliore cæteris jure erat filius in potestate constitutus: siquidem hic solus a patre necessario aut hæres instituendus aut exhæredandus erat, ut testamentum subsisteret, quod alioqui jure civili prorsus inutile erat & nullius momenti, *l. inter cætera 30. hoc titul. l. filio 17. de injust. rupt. testam. & hoc text.* Huic autem juri consequens est, primum, quod etiam hic expressit Justinianus, ex tali testamento hæredem non posse existere, etiamsi filius præteritus vivo adhuc patre decesserit propter regulam Catonianam, quæ sic definit: *Quæ institutio inutilis foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, ea non debet ideo valere, quia diutius vixerit, l. 1. de reg. Cat. l. penult. de reg. jur. §. an servo 32. inf. de leg.* & generaliter quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere, *leg. quod initio 29. de reg. jur. §. 2. de inutil. stip.* 2. Per hujusmodi testamentum non rumpi id, quod antea a patre legitime factum est, *l. 7. h. tit. §. 2. & pen. inf. quib. mod. testam. inf.* 3. Non sustineri hoc testamentum ob id, quod pater filio legatum quantumvis amplum reliquerit: nam utrum filius præteritus sit, nec ne, non ex legati datione, sed ex institutione aut exhæredatione æstimatur, præteritique omnes in hac materia habentur, qui neque hæredes instituti, neque, ut oportet, exhæredati sunt, *§. eadem 12. inf. de hæred. ab int.* 4. Quod etiamsi filius vel ante testamentum vel in ipso testamento præteritioni consenserit, nihilo tamen magis subsistere possit. Verum enim non est, quod Clar. *§. test. q. 43. n. 3.* existimat, jus hoc ob solum favorem filii constitutum esse, cui ille renunciare possit. Immo forma paterni testamenti jure publico præscripta id modis omnibus exigebat: quod jus privatorum consensu mutari non potest, *leg. 3. h. tit.* junct. *leg. jus publicum, 38. de pact. cum simil.* Vid. tamen Ant. Fab. *Cod. suo de lib. præt. defin. 6.* Christ. *vol. 4. decis. 19. num. 4.*

Exhæredem eum nominatim facit) Nam quævis exhæredatio summovebat liberos ab hæreditate patris, sed quæ rite facta esset: non rite exhæredati pro præteritis habebantur, *l. 8. §. 2. contr. tab.* In ritu autem discrimen non faciebat sexus, aut gradus, nisi quod hoc proprie in filio observandum erat, ut nominatim exhæredaretur, quod in reliquis non erat necessarium, ut statim audiemus. Cic. *lib. 1. de orat. c. 38. Quem pater neque hæredem, neque exhæredem scripsit nominatim.* VINN. Ex hoc loco patet, jam Ciceronis ævo ab usu quodammodo recessisse promiscuam illam exhæredandi prætereundique liberos libertatem, quæ olim ante & post duodecim tabulas competebat. Vid. *l. 11. ff. de l. & posth.* Liv. *lib. 1. cap. 34.* Adde V. C. Sch. *Jurisp. vet. antej. p. 638.* HEIN.

(2) *Sed non ita in filiabus & aliis per virilem sexum descendentibus*) Non uti olim filio, ita & filia, aut nepote nepteve ex filio (ex filia nati huc non pertinent, *§. ult. infr. eod.*) præteritis testamentum inutile erat; sed firmo manente testamento jus accrescendi ad certam portionem his dabatur, ut, quasi & ipsi scripti scriptæve essent, numerum hæredum augerent, *l. ult. C. h. tit.* Ulp. *tit. 22. §. 12. 15. & 16.* (3) Accrescebant autem hæ personæ hæredibus scriptis cum damno, hoc est, portionem hæreditatis accrescendo iis auferebant: ut longe diversum hoc jus fuerit ab eo jure accrescendi, quo res accrescunt; quod fit cum emolumento, cum scilicet non petentium partes accrescunt petentibus, seu portio omissa portioni agnitæ; de quo, volente Deo, tractabimus *§. si eadem, 8. infr. de legat.* Ad quam partem hæredibus institutis accreverint, docet Ulp. *d. tit. 22. §. ex suis, 14. Scriptis, inquit, hæredibus accrescunt, suis quidem hæredibus in partem virilem, extraneis in partem dimidiam,* atque ita quoque Cas. *l. 2. tit. 3. §. 1. Th. hic.* Et notandum est, ita jus fuisse, non tantum cum soli aut

sui

sui aut extranei scripti essent, sed etiam cum permixtim. Finge, extraneum una cum filio æquis partibus hæredem institutum; hic filia, si præterita erat, singulis accrescebat ad virilem. Quod si plures extranei pluresque sui scripti fuerant, extraneis accrescebat ad dimidiam, suis ad virilem. Item si duo filii, unus extraneus, huic ad semissem, illis ad trientem: atque ita ex accidente veniebat, ut plus consequeretur filia præterita quam filius, aut filii instituti; quod aperte ostendit locus Pauli 3. *sent.* 4. ubi ita scribit: *Filio & extraneo æquis partibus hæredibus institutis si præterita accrescat, tantum suo avocabit, quantum extraneo. Si vero duo sint filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit.* (4) Cum igitur filiabus & nepotibus ex filio præteritis hoc remedio consultum fuerit jure civili, quæritur, an etiam eo misso bonorum possessionem contra tabulas petentes admiserit Prætor? Et D. Bachov. putat, magis esse, ut Prætor eos excluserit, quod perspicue falsum est. Etenim Prætorem nihil aliud considerasse legimus, quam an liberi præteriti essent, an exhæredati, summotisque exhæredatis, præteritos omnes, insuper habito discrimine sexus & gradus, admisisse, *l.* 1. *in pr.* & §. 1. *de bon. poss. cont. tab.* junct. *l.* 2. *sec. tab.* Quod & Justinianus significat, §. *sed hæc*, 5. *infr. eod.* cum ait Prætores in dandis bonorum possessionibus jus successionis ab intestato, quod liberi homines sine discrimine sexus, aut gradus ex lege duodecim tabularum habent, secutos. Sed quid argumentis opus est? Textus est apertus in *l. ult. circa pr. C. h. t.* verba sint *Ex Prætore autem habebat*, (filia præterita) *contra tabulas bonorum possessionem in totum*, & iterum paulo post: *Cum enim per contra tabula bonorum possessionem, vel jus accrescendi, semissem substantiæ filia præterita accipiebat, &c.* Ait autem nunc *semissem*, quia ante dixerat, constitutione Antonini beneficium Prætoris coarctatum fuisse ad quantitatem portionis, quam jure civili filiæ præteritæ accipiebant, scriptis hæredibus accrescentes. At cur filius præteritus testamentum valere non patiebatur, filia & nati ex filio non rumpebant? Differentiæ rationem subobscure indicat Ulp. *l.* 8. §. 1. *de inj. rupt. test. Filia vel nepos*, inquit, *quia cum emancipantur, una emancipat. exeunt de potest. testam. non rumpunt.* Quorum verborum hic sensus est, mirandum non esse, si jus civile facilius præteriri filiam nepotemve ex filio patiatur, quam filium: quippe filium arctiore necessitudine eo jure constringi cum patre, quam filiam aut nepotem cum patre aut avo; id ex eo constare, quod ille tribus demum mancipationibus & manumissionibus, hi una potestate exeunt: videris, quæ notavimus ad §. *præterea*, 6. *supr. quib. mod. jus patr. pot. solv.*

(5) *Licebat inter cæteros hos facere*) Græci ἀθρόως hoc scilicet modo, *Titius filius meus hæres esto: cæteri exhæredes sunto*. Greg. Naz in suo testamento, οἱ δὲ λοιποὶ πάντες ἔστωσαν ἀποκλήρονόμοι, Effectus hic erat, ut ita exhæredati exhæredatæve scriptis hæredibus non accrescerent, quod præteritis tribuebatur, ne a Prætore contra tabulas ad bonorum possessionem vocarentur, *l.* 8. *contr. tab. in pr.* Tantum supererat, ut testamentum inofficiosum dicerent, si nec quartam debitæ portionis accepissent, *l.* 8. *quoniam*, 8. *de inoff. test. l. ult. C. hoc tit.* Ceteras leges exhæredationis, Ut pore fit, *l.* 3. §. 1. *eod.* junct. *l. sed sub*, 18. *cont. tab.* ut simpliciter, non ex re certa, *l. eum quidam*, 29. *hoc t.* ut omnibus gradibus, *d. l.* 3. §. 2. & *seqq. eod.* vid. Perez. *in C. h. t. n.* 9. & 10. etiam in filiabus & natis ex filio locum habuisse existimo, iisque neglectis, non rite exhæredationem factam & pro præteritione habitam fuisse. Illud constat, non eo minus exhæredationem rite factam ex ratione juris veteris intelligi, & testamentum subsistere quod causa exhæredationis testamenta expressa non esse; cujuscumque generis sint liberi exhæredati; ac proinde etiam prætoris beneficium hic cessare, solamque relinqui exhæredatis querelam inofficiosi. An vero id a Justiniano mutatum sit *Nov.* 115. *cap.* 3. alibi disputabimus.

(6) *Si alius filius non extet*) Nam si plures sint filii, benigna interpretatione potius a plerisque respondetur, nullum exhæredatum esse, *l.* 2. *h. t.* Demonstratio autem ac definitio sufficit, quamvis nomen taceatur, aut etiam filium dicere pater pepercerit; veluti si ex Seja natum dixerit, aliterve eum descripserit, vel cum convicio, *l.* 3. *princ. eod.* Nam sermo omnis, ut in universum dicam, quo dilucide signatur persona, de qua qui loquitur, exhæredationem nominatim facit, *arg. l. nominatim*, 34. *de cond.* & *dem.* Summa igitur discriminis, quod inter liberos jam natos fuit, hæc est; quod præteritio filii testamentum infirmabat; quod non nominatim exhæredatus pro præterito habebatur: at cæteri præbant, quamvis non nominatim exhæredati, tamen si cætera observata essent, pro rite exhæredatis habeantur. Nondum me hinc abire sinunt Interpretes. Illud prius investigandum est, an ut testamentum, in quo filius est præteritus, nullum est jure civili, ita quoque vim nullam habeat jure prætorio? Et video, maximam partem censere tale testamentum neutro jure subsistere, atque in totum tam jure prætorio, quam civili improbari, Cyn. Bald. Castr. *in l.* 2. *C. de bon. poss. cont. tab.* Clar. §. *testamentum q.* 42. *n.* 1. Gomez 1. *var. resol. cap.* 11. *n.* 5. quam sententiam prolixe tuetur Anton. Fab. 9. *conj.* 14. & *decad.* 37. *err.* 5. & *v.* Argumentum eorum præcipuum est, quod in casu proposito, etiam prætorio jure succedatur ab intestato, hoc est, filio præterito detur bonorum possessio, *unde liberi*: *l. ult h. t.* §. *ult. si tab. test. null. ext.* quasi nec Prætor hic nullas tabulas agnoscat. Sed verior est sententia Gloss. *in d. l.* 2. *contr. tab.* quam & Bart. *ibid.* prob.; item D. Vigl. *hic*, Govean 1. *var. lect.* 5. Vasq. 3. *contr. illust.* 100. & *lib.* 2. *de succ. creat.* §. 28. *n.* 138. & *seqq.* tale testamentum jure pretorio nullum non esse. Rationes hæ sunt. 1. Quoniam filius præteritus recte petit bonorum possessionem contra tabulas, *l.* 1. *de bon. poss. cont. tab.* §. *infr. de bon. poss.* ut proinde sit tabulas aliquas jure prætorio intelligi 2. Quia scriptis in eo testamento hæredibus datur bonorum possessio secundum tabulas, *l.* 2. *in princ. de bonor. possess. sec. tab.* ubi Prætor dicitur hunc ordinem servare, ut primo velit ad liberos præteritos pertinere bonorum possessionem contra tabulas, mox si inde occupata non sit, judicium defuncti sequatur, & scriptos admittat secundum tabulas. 3. Quod in danda bonorum possessione secundum tabulas hoc tantum Prætor consideret, an testamentum septem testium signis signatum sit, licet solemnia quædam jure civili requisita desint, Ulp. *tit.* 28. §. *etiamsi*, 6. 4. Quia Prætor vix majorem suarum quam emancipatorum rationem habet: quod ex eo patet, quod etiam emancipatos institui aut exhæredari jubet, §. 3. *infr. eod.* & tamen si præteriti sint, testamentum jure prætorio subsistit. 5. Huc fac. *l. posthumus*, 12. *in fin. pr. l. filio*, 17. *de just. rupt. test. l.* 12. §. *de bon. poss. contr. tab.* Ad argumentum autem modo propositum commode responderi potest, Prætorem ita esse proprii juris auctorem, ut simul etiam sit custos juris civilis, quod etiam sequa-

sequatur, si quando potentius jus est ejus qui jure civili vocatur. Nec magis absurdum videri debet, eo jure dici testamentum valere, quo etiam succeditur ab intestato, quam bonorum possessionem secundum & contra tabulas eodem jure dari. Nimirum non uno modo nec simul omnibus Prætor consulit, sed successive: & quia prior ac potentior est conditio liberorum præteritorum in petenda bonorum possessione contra tabulas, hos prius admittit; quod si illi decesserint, aut petere neglexerint, nihil absurdi se facturum putavit, si tunc scriptis hæredibus daret secundum tabulas. Quin & suos præteritos, qui jure civili testamentum nullum dicere possunt, admittit ab intestato ex capite *unde liberi*, ut custos & administer juris civilis, *l. ult. h. t. l. 1. §. ult. unde liberi*. Plane si filius præteritus ultro se bonis paternis abstineat, hic jam fatentur Interpretes, Prætorem hujus testamenti rationem habere, & scriptis in eo hæredibus dare bonorum possessionem secundum tabulas, quamvis subtili juris civilis ratione non eo magis consistat, *l. filio, 17. de injust. rupt. test.* idque procedit ex sententia majoris partis, sive scripti sint, qui remoto filio rem ab intestato auferre possent sive extranei, teste Claro *d. q. 43. n. 3.* Verissima sententia, sed a plerisque aut non intellecta, aut non bene explicata. Veram esse ostendunt tum cætera, quæ disputavimus, tum evidentissime *d. l. 2. in princ. secund. tabub.* quo loco Jurisconsultus scribit, prætorem velle, si bonorum possessio contra tabulas a liberis præteritis occupata non sit, eam secundum tabulas reverti ad hæredes scriptos, sine ulla qualitatis eorum distinctione. Ita vero est, Prætor ut simpliciter scriptis hæredibus bonorum possessionem pollicetur, ita parentibus eam denegare non potest: sed sæpe accidit, ut ea sine re sit & inutilis; tum etiam in modo & effectu haud parum interest, extranei scripti sint, an qui amoto filio ab intestato succederent. Etenim sciendum est, bonorum possessionem secundum tabulas aut cum re dari, hoc est, cum effectu, ut is, qui accepit, bona retineat; aut sine re, cum alius jure civili evincere hæreditate possit, Ulp. t. 23. §. *si septem*, 5. & tit. 28. §. tit. 28. Finge ergo, scriptum hæredem in petenda bonorum possessione prævenisse filium, qui præteritus erat, bonorum possessio, quam petens a Prætore accepit, efficietur sine re, sive proximus ab intestato, sive extraneus scriptus sit, ubi scilicet filius jure suo uti volet; quippe cujus jus potentius est: quam hæredis scripti, etiam ipsi Prætori. Et ideo ne res sit sine effectu, solet fere Prætor differre secundum tabulas dare, *d. l. 2. sec. tab.* Finga, filium præteritum jure suo non uti, sed hæreditate patris abstinere: hic quidem etiam extranei hæredes in tabulis scripti secundum eas bonorum possessionem petere possunt: cæterum & hæc sine re futura est, si agnati proximi hæreditatem jure civili vindicabant ab intestato, Ulp. *d. t. 23. §. si septem*, 5. Verum enim est, eo jure testamentum nullum esse. Sed & Prætorem existimo proximos hic prælaturum ex edictis *Unde legitimi*, & *Unde cognati*. Quapropter rarissimo & uno dumtaxat casu fit, ut extranei bonorum possessionem cum re consequantur, si videlicet proximi ab intestato suo jure uti nollent, quæ causa est, quod in hac disputatione conditio additur in *fin. pr. d. l. postumus*, 12. *de in just. rupt. test. si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit*. Atque ad hunc ferme modum etiam differit D. Bachov. *in §. non tamen*, 6. *infr. quib. mod. test. infr.* Ant Fab. parum hic sibi constat, ut videre est *l. 1. conject. 19. & l. 9. cap. 14.*

TEXTUS.

De posthumis.

1. *Posthumi quoque liberi vel hæredes instituti debent, vel exhæredari: Et in eo par omnium conditio est, quod & filio posthumo, & quolibet ex cæteris liberi, sive fœminini sexus sive masculini, præterito, valet quidem testamentum, sed postea agnatione posthumi sive posthumæ rumpitur, & ea ratione totum infirmatur. Ideoque si mulier, ex qua posthumus aut posthuma sperabatur, abortum fecerit; nihil impedimento est scriptis hæredibus ad hæreditatem adeundum. Sed fœminoni quidem sexus personæ nominatim vel inter cæteros exhæredari solebant; dum tamen, si inter cæteros exhæredarentur, aliquid eis legaretur, ne viderentur præterita esse per oblivionem. Masculos vero posthumos, idest, filios & deinceps, placuit non aliter recte exhæredari, nisi nominatim exhæredarentur, hoc scilicet modo*, Quicumque mihi filius genitus fueri, exhæres esto.

NOTÆ.

1. *Posthumi*) Posthumi, vel potius posthumi, ut scribendum docet Grot. *sparf. flor. supr. ad tit. qui test. tut. dar.* dicuntur, qui post mortem patris nascuntur, *l. 6. de inoff. test. l. 3. §. 1. de injust. rupt.* Plutarch. in *Coriol. & Syl.* Amm. Marcell. *lib. 21. Uxorem prægnantem reliquit, unde edita posthuma.*

Totum infirmatur) Nec hoc mutatum *Nov. 115. c. 3.* ut falso existimat Pac. Igitur posthumi cujuscumque sexus aut gradus præteriti agnascendo rumpunt: filiæ & nepotes præteriti non rumpunt, sed accrescunt scriptis: filius præteritus testamentum valere non patitur, *leg. 1. l. 3. l. 8. §. 1. de in just. rupt. l. 30. hoc tit.* Quod si posthumus præteritus vivo patre natus decesserit, datur scripto hæredi bonorum possessio secundum tabulas, *leg. 12. de injust. rupt.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur in posthumis non distinguatur sexus & gradus quoad necessitatem exhæredandi?*
2. *Cur placeat posthumis præteritis testamentum ab initio valere?*
3. *Quam rationem habeat, quod filia posthuma inter cæteros non recte exhæredebatur absque legato?*
4. *Quam item, quod nepotes posthumi etiam nominatim exhæredandi?*

Dictum est de liberis suis hæredibus, qui tempore testamenti facti jam nati sunt; sequitur de posthumis, quo verbo hic intelliguntur omnes, qui nondum nati sunt eo tempore, quo parens testamentum condit, quamvis eo adhuc vivo postea nascantur, *l. 3. §. 1. l. 12. in princ de injust. rupt. test.* Inter hos & liberos jam natos quadruplex discrimen hic animadvertitur. Primum est, quod posthumis præteritis, cujuscumque gradus aut sexus sint, testamentum ab initio jure consistit, cum præterito filio superstite testamentum injustum sit & nullum, *l. 1. & d. l. 1. §. 3. de injust. rupt.* Secundum, quod posthumi omnes, sive masculi sive fœminæ, si hæredes non instituantur, exhæredandi sunt; præteriti agnascendo testamentum rumpunt, & totum infirmant: filiæ autem natæ & nepotes ex filio præteriti non rumpunt, sed scriptis hæredibus ad certam portio-

ionem accrescunt, ut dictum §. *praeced.* Tertium, quod posthumis filiabus inter cæteros exhæredatis, pater aliquid legare cogitur; jam natis non item. Quartum, quod posthumi masculi non tantum primi gradus, sed etiam inferiorum, nominatim exhæredandi sunt; quod non est necesse in nepotibus tempore testamenti nati.

Valet quidem testamentum, sed postea agnatione rumpitur) In hoc cernitur differentia filii posthumi præteriti & jam nati, quia præteritus testamentum subsistere non patitur; item filiarum, nepotumque posthumorum & superstitum, qui præteriti testamentum non rumpunt, *l.* 8. §. 1. *de inj. test.* Cajus *l.* 2. *tit.* 3. §. 2. (1) Cur vero sexus & gradus non æque in posthumis distinguitur, ut in liberis natis; placetque non minus agnatione filiæ posthumæ præteritæ, aut nepotis, quam filii, testamentum rumpi? Nimirum cum benigne atque humaniter, quod fieri potest, de parentum in liberos voluntate sentiendum sit; judicarunt consulti, testatorem vel ignorasse conceptionem vel conceptum & nondum editum per oblivionem præteriisse. Ad hæc incertum est, filius in utero sit, an filia.

(2) *Abortum fecerit*) Hinc petenda ratio, cur posthumo præterito placeat testamentum ab initio valere: nimirum quia fieri potest, ut non nascatur, abortum faciente muliere, ex qua sperabatur. *l.* 1. *C. de post. hær.* Atque hactenus ergo nec pro nato habetur; frustraque objicitur, eum, qui in utero est, quoties de commodo ejus agitur, pro eo, qui in rebus humanus sit, haberi, *l.* 7. *l. pen. de stat. hom.* Nullum enim hic incommodum sentit, cum statim ut editus est, testamentum rumpat, & regula ista sic temperanda est, si modo postea nascatur; tunc enim fictione juris nativitas retrotrahitur. Quamdiu vero quis in utero est, proprie nondum homo vel animal est, *l.* 9. §. 1. *ad l. Falc.* sed spes tantum animantis, *l.* 3. *de mor. inf.* nec in potestate patris antequam nascatur, *l. ult. de collat.* ac proinde qui mortuus editus est, neque natus, neque procreatus videtur, quia numquam filius appellari potuit, *l. qui mortuis*, 129. *de verb. sign.* Sed etsi mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, placet testamentum non rumpi, *l.* 3. *C. de post. hær.* quia liberi non sunt, qui contra formam humani generis procreantur, *l.* 14. *de stat. hom.*

Sed fœmini quidem sexus persona, &c.) Quamquam ad necessitatem exhæredandi quod attinet, par omnium posthumorum conditio erat, nec sexus in posthumis distinguebatur; in forma tamen exhæredationis aliqua erat jure antiquo differentia inter mares posthumos & fœminas: nam illi omnes non nisi nominatim recte exhæredabantur, hæ poterant & inter cæteros. At enim si inter cæteros exhæredatæ essent, non aliter rite exhæredatio facta intelligebatur: quam si quid eis legatum fuisset, Ulp. *tit.* 12. §. *posthumus*, 21. (3) Qua in re etiam elucet insignis differentia inter exhæredationem posthumarum & filiarum superstitum: hæ enim & sine legato inter cæteros exhæredari poterant, illæ non poterant, ne, ut ait hic Imper. viderentur præteritæ per oblivionem. Quippe pro posthuma dici potest, generalem clausulam ad eam non pertinere, cum potius præsumendum sit patrem ignorasse eam esse in utero; & ideo ignoratione potius præteriisse, quam clausula illa, *inter cæteros*, voluisse exhæredari: uti semper benigne judicandum est de patrum erga liberos voluntate, quod facultas fert. De filia autem superstite, quam natam pater novit, dubitari non potest, quin pater cogitaverit, & tacite eam comprehenderit sub simplici & indeterminata exhæredatione; uti & de posthuma, cui inter cæteros exhæredatæ legatum relinquit, quod præsumptionem oblivionis penitus tollit. Ex iis autem, quæ modo dicta sunt, manifestum est, recte judicare D. Cujacium ad. *l.* 4. *h. t.* de interpolatione principii, *l.* 3. *de inj. rupt.* & quod Ulp. scripserat, *Posthumi virilis sexus nominatim exhæredandi sunt*, Tribonianum, ut inserviret constitutioni Justiniani, de qua dicendum infra §. *sed hæc*, §. immutasse, *Posthumi per virilem sexum descendentes*.

Filios & deinceps) Certum est, verbo *deinceps* intelligi nepotes posthumos ex filio, & eos quidem solos, qui nati sunt hæredes futuri sunt: nam alii testamentum non rumpunt, licet in potestate avi nascantur, puta quorum pater adhuc vivit, & in potestate patris sui est, §. *seq. l.* 113. *de injust. rupt.* Ait, *non aliter recte exhæredari, nisi nominatim*. Igitur nec si legatum adscriptum fuerit, valebit ne in nepote quidem exhæredatio, non nominatim, sed inter cæteros facta. Atque hic jam notandum, primo diversum jus hac in parte observatum fuisse in nepotibus nascituris & natis. Etenim natos jam nepotes non tantum nominatim, sed inter cæteros quoque exhæredare licebat: quin & salvo testamento præterire; ejusdemque omnino conditionis erant, cujus & superstites filiæ, §. *præced.* Ulp. *d. tit.* 22. Nepotes autem posthumi utrisque meliores: quippe qui non modo non præteriri, sed nec inter cæteros tuto poterant exhæredari. Quæ juris varietas non aliam rationem habet, quam eam, quæ modo dicta est, filiam posthumam a nata separari. Deinde notanda etiam differentia inter posthumos nepotes & posthumas filias, quæ inter cæteros recte exhæredabantur, utique legato honoratæ: cum nepotis posthumi exhæredatio nominatim facienda esset, nec sufficere inter cæteros exhæredatos legatum adscripsisse. (4) At enim inquies: cum nepotes nati eodem jure cum filialibus natis uterentur, cur non similiter placuit, nascituros eodem jure uti, quo utebantur filiæ nasciturae? Jason aperte, & cum eo tacite Viglius, fatentur, se hujus rei rationem ignorare: & sane, quod D. Hotom. putat, ubi legatum adscriptum est, non potest esse locus benignæ præsumptioni de alia voluntate parentis, quam hunc posthumum nepotem non tam excludere voluisse videri debeat, quam per errorem præteriisse. Una illa ex pluribus, quas affert D. Wesembecius maxime probabilis est, quod etsi legatum avus adjecerit, nisi tamen nominatim posthumum nepotem exhæredaverit, videri possit & debeat de posthuma filia potius nascitura (quæ inter cæteros cum adjectione legati exhæredari solita erat) quam de posthumo masculo cogitasse, spe propagationis nominis & familiæ suæ: cujusmodi voluntatis conjecturam non admittunt nepotes nati. Quid ergo est, quod Ulp. *d. tit.* 22. §. *nepotes*, 22. scribit nepotes & pronepotes, cæterosque masculos posthumos præter filium, vel nominatim, vel inter cæteros cum adjectione legati exhæredandos: sed tutius tamen esse nominatim eos exhæredari, atque id observari magis? Nimirum ex ratione juris, quod nepotes & filias fere eadem vult esse conditione, *leg.* 8. §. 1. *de injust. rupt.* posse & nepotes posthumos sicut filias posthumas exhæredari; cæterum propter benignam illam, quam dixi, in dubio voluntatis interpretationem aliud receptum fuisse. VINN. Acutior est ratio hujus discriminis, quam affert Vir Clarissimus Sculting. ad Ulpian. *loc. cit. pag.* 611. quod jus circa fœminas constitutum originem debeat rationibus Vaconianis. HEIN.

Quicumque mihi filius) Positum exempli causa: ne quis

quis ex hoc colligat, nepotem appellatione filii contineri etiam in re odiosa. Utendum autem necessario generali demonstratione, cum speciali nomine aut signo posthumus demonstrari nequeat. An adhuc hodie posthumi, & præsertim post *Novell.* 115. *c.* 3. exhæredari cum aliquo effectu possint, alibi videbimus.

TEXTUS.

De quasi posthumis.

1. *Posthumorum autem loco sunt & hi qui in sui hæredis locum succedendo quasi agnascendo fiunt parentibus sui hæredes, ut ecce, si quis filium, & ex eo nepotem neptemve in potestate habeat, quia filius gradu præcedit, is solus jura sui hæredis, quamvis nepos quoque & neptis ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate ejus, incipit nepos neptisve in ejus locum succedere, & eo modo jura suorum hæredum quasi agnatione nanciscitur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium vel hæredem instituere, vel nominatim exhæredare debet, ne non jure faciat testamentum, & ita nepotem neptemve ex filio necesse est ei vel hæredem instituere, vel exhæredare, ne forte eo vivo, filio mortuo succedendo in locum ejus nepos, neptisve quasi agnascendo rumpat testamentum. Idque lege Julia Velleja provisum est: in qua similis exhæredationis modus ad similitudinem posthumorum demonstratur.*

NOTÆ.

2. *Quamvis nepos quoque*) §. 2. *infr. de hær. quæ ab int.* §. 2. *infr. de hær. qual.* & ideo firmum manet avi testamentum, in quo hic nepos præteritus, si vivo filio nec capite minuto, avus decesserit, *leg.* 6. *princ. de injustit. rupt. l. l.* 7. *si tab. test.*

In ejus locum succedere) Successio hæc velut quædam agnatio est, propterea quod successione in locum sui hæredes fiunt.

Lege Julia Velleja) Cujus legis caput secundum, relatum in *d. l.* 29. §. 30. interpretati Cajus *dict. leg.* 13. & Justinianus *hic*. In casu *d. leg.* 29. §. *pen.* qui ad neutrum caput legis seorsum pertinet, Julianus quoque induxit, ne rumpatur testamentum, quasi duobus capitibus legis commistis; belle Fabrot. *ad Theoph.*

COMMENTARIUS.

SI cui religioso est scribere *posthumus*, is per me licet sine H. scribat *posthumus*, cum Cujacio *leg.* 3. *obs.* 4. & *comment. ad leg. Gallus*, 29. *hoc tit.* Illud tamen tenendum est, posthumos a veteribus proprie dici, eos qui post mortem patris nascuntur, testibus Ulp. 3. §. 1. *de injust. testam.* Varonn. *l.* 4. Fest. *lib.* 15. Plutarchus quoque in Sylla scribit, posthumos a Romanis appellatos τὰ ὕστερα τῆ πατέρων τελευτῆς γενομένους, uti & *in Coriolano*. Et ideo Græcis interpretibus dicti [illegible] quod mortis parentum tempore in utero fuerint. At post legem Juliam Vellejam, qua & alii liberi iique nati vivo adhuc parente testatore, hæredes instituendi aut exhæredandi sunt, ne agnascendo aut succedendo testamentum rumpant instar posthumorum, (1) cœperunt duo quodammodo esse posthumorum genera: unum eorum, qui vere & proprie posthumi sunt & dicuntur, videlicet qui nascuntur post mortem parentum: alterum qui proprie & secundum quid, nempe quoad effectum rumpendi testamentum, si non sint instituti aut exhæredati, quos quasi posthumos Vellejano appellare possumus. Sed & in his, qui post factum testamentum adoptantur, quæ in manum conveniunt, in filio, qui ex prima secundave manumissione in potestatem patris revertitur, similitudo quædam agnationis suorum hæredum est, & præteriti instar posthumorum testamentum rumpunt, Ulp. *tit.* 23. §. 2. Cajus *lib.* 2. *tit.* 3. §. 4. *l. filio*, 23. *h. t.* junct. §. 1. *infr. quib. mod. test. inf.* Est & posthumus Cornelianus, qui capto ab hostibus patre natus est in civitate: de quo in *leg.* 15. *de injust. rupt. test. leg. qui bona*, 22. §. *ult. de capt. & postlim.* Ant. Fab. 10. *cons.* 9. & 10. ubi disputat, an hic posthumus & Vellejanus dici potest. Descriptus fere ad verbum hic locus est ex Cajo *leg. posthumor.* 13. *de injust. rupt. test.*

In sui hæredis locum succedendo, quasi agnascendo) Nepotes præteriti, qui demum post factum testamentum nascuntur patre mortuo, avo testatore superstite, non succedendo in locum patris & sui hæredis, sed agnascendo testamentum rumpunt. Nascuntur enim sui hæredes, non fiunt successione, & ideo pertinent ad caput primum legis Vellejæ, quod Imp. hic non tangit. At illi, de quibus hoc loco & in *dict. l.* 14. sermo est, & scilicet qui jam nati sunt, quo tempore avus testamentum facit, sed quibus pater & suus hæres obstat, quominus & ipsi jura sui hæredis habeant, illi inquam præteriti, si vivo adhuc avo pater eorum suus hæres esse desierit, testamentum rumpunt succedendo, hoc est, subeundo locum patris prædefuncti aut emancipati, non agnascendo (quoniam agnasci proprie dici non possunt, qui ante testamentum nati sunt) sed quasi agnascendo propterea quod successione in locum sui hæredes sui hæredes fiunt; nimirum quemadmodum velut posthumus aut posthumi loco habetur, qui in jus sui hæredis succedit, ita & successio ejus velut quædam agnatio. Illi ad primum legis Vellejæ caput pertinent, *l.* 29. §. 12. *h. tit.* hi ad secundum *d. leg.* 23. §. 13. *l.* 13. *de inj. rup.*

Quia filius gradu præcedit) Fieri potest non in persona filii, sed in persona nepotis, ut in avi potestate sit, nec tamen inter suos hæredes numerentur, eo quod pater eum in causa successionis præcedat: neque enim ad hoc ut quis jus sui hæredis habeat, sufficit in potestate esse, nisi simul proximum a defuncto gradum obtineat, hoc est, nemo eum in suo ordine antecedat, §. 2. *inf. de hær. qual. & diff.* §. 1. *infr. de hær. quæ ab. int.* Et ideo nepos, quem pater præcedit, nec exhæredari ab avo debet, sed firmum manet avi testamentum, in quo hic nepos præteritus est, si vivo filio & in eodem statu manente avus decesserit, *l.* 6. 9. *in princ. de inj. rupt. leg.* 7. *unde lib.*

(2) *Sed*

(2) *Sed si filius vivo eo moriatur*) Filio de familia sublato, statim nepos ex eo in locum & gradum ejus succedit, atque ita succedendo in familia avi jus sui hæredis quasi signatione nanciscitur: qua propter si eo se tempore præteritum deprehendat, exemplo posthumi testamentum rumpit. Unde qui filium atque ex eo nepotem in potestate habet, ei, si omnino secure testari velit, necesse est etiam hunc nepotem similiter ut filium hæredem instituere vel exhæredare: alioqui si contingat filium vivente adhuc patre suo mori, aliave ratione de familia exire, nepos mox patris locum occupans testamentum rumpet.

(3) *Ita & nepotem neptemve ex filio*) Plus igitur tribuitur huic nepti, quam filiæ, quæ præterita jure antiquo testamentum non rumpit, *supr. eod. in pr.* Hoc ne cui mirum videatur, animadvertendum est agi hic de nepte, quam pater tempore facti testamenti præcedebat, & quæ postea in illius sublati locum succedit instar posthumæ. Itaque quod juris erat in filia posthuma, ut præterita testamentum rumperet, id procedendum erat ad hanc neptem, quasi posthumam, simil. conjectura pietatis, quippe quam, ut credi par est, hæredem avus fecisset, si tempore testamenti primum ab eo gradum obtinuisset. Eademque ratio est, cur neptis hæc melioris etiam conditionis sit, quam nepos, qui tempore testamenti avo proximus est; quod cum non animadverteret D. Viglius, credidit, *in princ. h. t.* jus antiquum referri, quod postea lex Velleja abrogaverit, insigni & manifesto errore. Illud quoque notandum, quod particula *nominatim*, quæ in propositione hujus comparationis exprimitur, non reperiatur in edictione, uti nec in *dict. l. 13. de injust. rupt.* Id quod consulto factum est, ut intelligamus, neptem quidem cum filio comparari in exhæredatione, quoad necessitatem; at non in qualitate aut modo exhæredandi. Etenim cum neptis ex filio adscendens in locum patris utatur jure posthumæ, sufficere debet indefinite eam exhæredari, utique cum adjectione legati: quandoquidem non plus juris habet filia posthuma. Enimvero nepotem, quem posthumi jure uti placuit, eadem forma, qua filium, exhæredandam esse arguunt, quæ Imperator dixit in calce §. *præc.*

Lege Julia Velleja provisum est) Legis hujus duo præcipua capita fuisse docet nos Scævola *leg. Gallus*, 29. §. *nunc de* 11. & *seqq. h. tit.* quorum uno permissum fuit, institui posthumos etiam alienos dummodo sui nascerentur, licet vivo adhuc testatore: altero cautum, ne nepotis in locum sui hæredis succedentes testamentum rumperent, in quo ipsi instituti essent, vel exhæredati: cujus posterioris capitis explicatio a Justiniano hoc loco tradita est verbis Caji in *l. posthumorum*, 13. *de inj. rupt. test.* Nihil adhuc intelligimus, nisi sciamus, cur in ea relata fuerit lex Velleja, & quid ea permiserit non permissum jure antiquiore. Exponam autem paucis quid in re obscura sentiam. Cum lege duodecim tabularum ita cautum esset: *Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*, *l. verbis*, 120. *de verbor. signific.* hæc legis verba, *uti legassit*, sic prudenter interpretati sunt, uti quisque certo consilio ac judicio statuerit, decreverit, aut imperaverit, quid de re pecuniaque sua post mortem suam fieri velit. Absurdum enim visum fuit, eam testatoris voluntatem jus facere, aut ratam haberi, quæ nec consilio, nec judicio certo regeretur. Hinc ex sententia legis persona incerta, hoc est, quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat, neque hæres institui, neque legatum ex testamento capere poterat; §. *incerti*, 25. *de leg. inf.* Ulp. t. 22. §. 3. ubi & eamdem hanc ejus rei rationem reddit, quoniam certum esse debet consilium testantis. His porro consequens est, nec eum, qui in utero est, ex ejusdem legis sententia hæredem potuisse institui, utpote qui & ipse persona incerta habebatur, aut ut Theophilus loquitur §. *alienus*, 26. *infr. de legat.* ἐν τοῖς [illegible] προσώποις propterea credo, quod incertum est, an nasciturus aliquando sit necne masculus, an fœmina, unus, an plures nascituri. Et quamquam quod ad legitimas hæreditates posthumus pro jam nato semper habitus, *leg. pen. de stat. hom.* id tamen ob rationem, quam diximus, non obtinebat in hæreditate testamentaria. Cum igitur ea ratione eveniret, ut sive institutus, sive exhæredatus, sive præteritus esset is posthumus, qui suus hæres testatori nasciturus erat, testamentum agnascendo rumperet, & in totum voluntatem testatoris averteret, paulatim disputatione fori introductum ad conservanda suprema hominum judicia, ut & in testamentaria successione posthumi sui, hoc est, qui si tempore testamenti nascerentur, inter suos hæredes futuri & præteriti testamentum omnimodo rupturi essent, pro natis haberentur, instituique atque exhæredari possent: quod Cajus quodammodo significat *lib. 2. t. 3. §. 2.* ubi de institutione & exhæredatione posthumorum agens ait, in ea etiam re legitime conceptos pro natis haberi. In alieno posthumo nihil visum, cur a ratione juris veteris recederetur: quippe cujus institutio necessaria non est, cum natus testamentum numquam rumpat. At enimvero quia fieri potest, ut qui tempore testamenti alienus est, suus tamen nascatur, atque ita rumpat, (nam cum quæritur, an testamentum agnatione rumpatur, non conceptionis tempus, sed nativitatis inspicitur,) Gallus Aquilius induxit, (non legem ferens, ut perperam Viglius, sed quod nemo ante eum observaverat ostendens) posse etiam eos posthumos, & nimirum nepotes, qui testamenti quidem tempore alieni sunt, subducto autem patre sui hæredi avo nascerentur, hæredes institui sine fraude ejus juris, quo placebat, posthumos alienos hæredes institui non posse. Quam in rem concipit hujuscemodi formulam, *Filius meus hæres esto. Si filius meus vivo me morietur: tunc si quis mihi ex eo nepos post mortem meam in decem mensibus proximus, quibus filius meus morietur, natus erit, hæres esto*, *Gallus*, 59. *h. t.* Dices, nepotem hic institutum esse posthumum alienum. Fatebor, si simpliciter consideretur ut posthumus, quia si tempore testamenti facti nasceretur, non esset suus hæres avo testatori. Negabo, si ut posthumus Aquilianus, sive, eo modo, quo a Gallo instituitur, qui institutionem hujus nepotis confert in id tempus, quo suus erit; ea vis est articuli *tunc*, quod temporis extremitatem significat, *leg. 4. §. 1. de cond. & demonstr.* Hoc igitur modo consideratus, non alienus, sed suus est, & salva ratione juris veteris juxta formulam Aquilianam instituitur. Adhuc posthumi vivo testatore nati institutio inutilis erat. Etenim cum ut posthumos hæredes instituere liceret, eatenus duntaxat receptum esset, quatenus testamentorum favor & necessitas postulabat, eorum, qui vivo testatore nascuntur, institutio non videbatur necessaria: quamvis enim & ipsi non eo minus testamentum rumpant; licebat tamen testatori aliud testamentum condere, & rei suæ de integro prospicere: Porro nec is posthumus, qui tempore testamenti alienus erat, pure poterat institui; hoc enim ut fieri posset, Gallus non induxerat, neque adeo inducere poterat salva ratione juris. Postremo neque nepotis, quem filius præcedebat, nati ante testamen-

mentum factum institutio efficiebat, quominus in patris remoti locum postea succedens testamentum rumperet: fortassis quia visum est non sufficere: institutum esse tamquam extraneum eum, qui tempore mortis testatoris reperitur suus. Tandem etiam in istis omnibus testamentorum securitati prospectum est lege Julia Velleja: cujus legis, ut ante quoque diximus, duo capita fuerunt, quorum primo permittitur eorum posthumorum institutio, qui vivis nobis sui nasciturі sunt, ut etiam pure institui possint; capite altero cavetur, ne nepotes, jam nati tempore testamenti facti succedentes vivo testatore in locum sui hæredis testamentum rumpant, in quo ipsi sunt instituti aut exhæredati, *d.l. Gallus*, 29. §. *nunc de* 11. *cum seq. h.t.* Plura qui nosse desiderat, adeat commentaria, quæ in *dict. leg.* extant doctissimorum hominum, Salomonii, Goveani, Cujacii, Duareni, Alciati *l.* 3. *paradox. c.* 2. *& seq.* Anton. Fab. *l.* 9. *conj. per tot.* & multis *c. l.* 10. sed nostra hæc ut præluceant. VINN.
Obiter monere visum, hanc legem proprie non dici *Juliam Vellejam*, uti in hoc §. & apud Ulp. t. 2. §. 19. scriptum reperimus, sed *Juniam Vellejam*, *leg.* 19. *ff.* 2. *de test. tut. leg.* 13. *ff. de injust. rupt. irrit.* Unde auctores sunt Junius Silanus & Vellejus Tutor Coss. quibus & Senatusc. Vellejanus tribuitur, *l.* 1. §. 1. *ff. ad SC. Vell.* Add. laudatum Schult. ad Ulp. *loc. cit. p.* 640. HEIN.

TEXTUS.

De emancipatis.

3. *Emancipatos liberos jure civili neque hæredes instituere, neque exhæredare necesse est; quia non sunt sui hæredes. Sed Prætor omnes tam fæminini sexus, quam masculini, si hæredes non instituantur, exhæredari jubet, virilis sexus nominatim; fæminini vero inter cæteros: quia si neque hæredes instituti fuerunt, neque ita, (ut diximus,) exhæredati, promittit eis Prætor contra tabulas testamenti bonorum possessionem.*

COMMENTARIUS.

1. *Emancipatos sub colore quodam suitatis a Prætore vocari ad bonorum possessionem.*
2. *Prætorem in modo exhæredandi secutum distinctionem sexus & gradus, quam jus civile fecit.*
3. *Absurdum non esse, quod filiæ emancipatæ melioris conditionis jure Prætorio fuerint, quam non emancipatæ jure civili.*

Q*Uia non sunt sui hæredes*) Liberi emancipati exeunt e familia & potestate patris §. *præterea*, 6. *supr. quibus modis jus patr. potest. solv.* ac sui juris ita effecti propriam familiam habere incipiunt, *leg. pronuntiatio*, 195. §. 2. *de verb. signif.* Itaque jus omne, quod in familia antea habebant, amittunt: desinunt esse sui hæredes & agnati; quos solos ad successionem ab intestato lex vocat propter familiarum conservationem: denique pro alienis & extraneis jure civili habentur, *l.* 6. §. 1. *de bon. poss. l.* 7. *de cap. min.* §. 3. *infr. de hær. qual.* §. *emancipati*, 9. *infr. de hær. ab intest.* Quo posito sequitur nec ullam eo jure patri necessitatem imponi liberos emancipatos vel instituendi, vel exhæredandi, eorumque præteritione testamentum injustum aut nullum non esse.

Prætor, si hæredes non instituantur, exhæredare jubet) Quamvis jure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem, hoc est emancipationem, desierunt esse sui hæredes; tamen Prætor naturali æquitate motus, & partim etiam ratione civili, (quippe emancipati non minus natura liberi sunt & masculorum soboles, quod ex parte jus civile considerat, quam non emancipati) rescindit eorum capitis deminutionem, *leg.* 6. §. 1. *de bon. poss.* Et si testamento facto præteriti sunt, pollicetur eis bonorum possessionem contra tabulas, *leg.* 1. *& passim de bonor. poss. contr. tab.* & cum suis quoque hæredibus ab intestato eos vocat ad bonorum possessionem *unde liberi*, §. *emancipati*, 9. *infr. de hær. ab intest. d. l.* 6. §. 1. Itaque cum effectu juris emancipati beneficio Prætoris tantum consequantur quantum sui, bonorum enim possessio re ipsa & effectu juris ab hæreditate nihil differt, *leg.* 1. *leg.* 2. *de bon. poss.*) ideo ait, jubere Prætorem emancipatos quoque liberos hæredes institui aut exhæredari. Et notandum, quod Jurisconsultus in *dict. leg.* 6. §. 1. *eod. tit.* ait, Prætorem rescindere eorum capitis deminutionem post mortem patris. Ex quo intelligimus emancipatos non simpliciter ut emancipatos, sed sub colore quodam suitatis a Prætore admitti quasi de potestate numquam exiissent. Etenim rescissa capitis deminutione, quodammodo in integrum, & in pristinum statum restituuntur, fac. *l.* 3. §. *si emancipatus*, 5. *contr. tab. & ibi Glossa.*

Fæminini sexus inter cæteros) Cujac. Hotoman. Wesemb. *& inter cæteros*, quod magis placet, quasi dicat Imperator, vel nominatim, vel inter cæteros; aut, ut Ulp. t. 22. §. *emancipatos*, 23. *Masculos nominatim, fæminas vel inter cæteros*. Voluit nimirum Prætor, in modo exhæredandi servari differentiam, quam in sexu jus civile faciebat, & haud dubie etiam, quam idem jus faciebat in gradu, de quo *in princ. hujus tit.* Melioris tamen conditionis apparet fuisse filias emancipatas Jure prætorio, quam erant filiæ non emancipatæ jure civili: quippe cum illæ præteritæ testamentum in totum jure prætorio rescinderent, hæ non rescinderent, sed salvo testamento duntaxat portionem scriptis hæredibus jure civili crescerent. Quod minime absurdum est, licet id existimet Dom. Bachovius: siquidem filiæ, quæ in potestate erant, præteritæ, præter jus illud accrescendi, quod jus civile tribuebat, idem etiam jus habebant jure prætorio, quod emancipatæ (in quo erravit Bachovius, ut supra ostendimus) & testamentum in totum evertebant. Quamquam post constitutionem Antonini non plus per bonorum possessionem contra tabulas consequebantur, quam quantum jure civili capiebant per jus accrescendi, *leg. ult. circ. princ. Cod. de lib. præt.* & omnino verisimile est, post eam constitutionem nec emancipatas per eamdem bonorum possessionem plus accepisse, quam accepturæ fuissent, si mansissent in potestate: quod & Theophilus pro certo tradidit.

Promittit) ita legendum, non *permittit*, *leg.* 7. *Cod. comm. de succ. in Basil.* ἐπαγγέλλεται (*eis Prætor bonorum possessionem contra tab.*) Testamentum, in quo emancipatus præteritus est, & civili & prætorio jure subsistit: & ideo emancipato præterito, prætor non dat bonorum possessionem ab intestato unde liberi, sicut præterito, qui in potestate est; nam tale testamentum jure civili non consistit, sed rescindit testamentum patris data bonorum possessione contra tabulas, *leg.* 1. *de leg. præst. contra tab.* neque aliud remedium emancipati præteriti habent. Cur vero suis præteritis, qui vel jure civili, vel ex edicto unde liberi ab intestato succedere pos-

possunt, nihilominus hoc etiam remedium a Prætore detur, dicemus suo loco *tit. de bon. possess. lib.* 3. Quod detur, satis argumenti est, tale testamentum jure prætorio non esse nullum; est enim remedium hoc natura sua rescissorium; quod autem nullum est, rescindi non potest, *l.* 5. *de injust. rupt. test.* de quo copiosius disseruimus *in tract. hujus tit.*

T E X T U S.

De adoptivis.

4. *Adoptivi liberi, quamdiu sunt in potestate patris adoptivi, ejusdem juris habentur, cujus sunt justis nuptiis quæsiti. Itaque hæredes instituendi vel exhæredandi sunt secundum ea, quæ de naturalibus exposuimus? Emancipati vero a patre adoptivo neque jure civili, neque eo jure, quod ad edictum Prætoris attinet, inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem sunt in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, ut eos neque hæredes instituere, neque exhæredare necesse sit: cum vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea causa esse, in qua futuri essent, si a naturali patre emancipati fuissent.*

COMMENTARIUS.

3. *Ejusdem juris*) Extra nuptias quæsiti huc non pertinent. Legitimati tamen pertinent, §. 9. *infr. de hær. ab int. Nov.* 89.

Neque jure civili, &c.) Non jure civili, quia desinunt esse sui hæredes: neque jure prætorio, quia simul nomen quoque liberorum amittunt, *leg.* 4. *si tabul. test. leg.* 1. §. 6. *leg.* 3. §. 2. *contra tab.*

Extraneorum numero) Tantum tertio loco ab intestato a Prætore cognatorum, §. 13. *inf. de hæred. ab intest. l.* 1. §. 4. *unde de cogn.*

Cum vero emancipati) Scilicet vivo patre naturali, §. 20. *infr. dict. tit.* Hoc enim casu, ne utriusque parentis exciderent successione, voluit Prætor, eos jus naturale liberorum recuperare, *l.* 4. *si tab. testam.*

N O T Æ.

1. *Insignis error Hotomanni notatus.*
2. *Jura liberorum adoptivorum emancipatione in totum dissolvi.*
3. *Adoptatos, quamdiu sunt in familia adoptiva, jus liberorum in familia patris naturali non habere.*
4. *Emancipatus a patre adoptivo jus familiæ naturalis, quod emancipati beneficio Prætoris habent, recuperare.*

CUM adoptio æque liberis adoptatis tribuat jus & nomen filiorumfam. suorumque hæredum: ac natura naturalibus, *l.* 1. *& passim, de adopt.* §. 2. *infr. de hær. quæ ab int. l.* 3. *C. de suis & l. cum simil.* consequens omnino est, ut ipsi non minus quam liberi naturales hæredes institui debeant, aut exhæredari; atque ut præteriti idem jus habeant circa parentum testamenta infirmanda, quod naturales habent, *leg.* 1. *in princ. contr. tab.* Naturales autem liberos hic intelligimus eos, qui ex justis nuptiis procreati sunt: sic enim passim in collatione adoptivorum appellantur, ut notavimus ad *princ. supr. supr. de adopt.* Cæterum legitimati quoque appellatione naturalium continentur: quippe quibus eadem jura per omnia data sunt, quæ habeant ii, qui ab initio ex legitimo matrimonio nati sunt, *d.* §. 2. *infr. de hær. ab int. N.* 89. De his dictum §. *ult. supr. de nupt.*

Secundum ea, quæ de naturalibus exposuimus) Ergo igitur filii adoptivi nominatim exhæredandi, nepotes & filiæ vel inter cæteros. Item filio adoptivo præterito, aut non rite exhæredato, testamentum ipso nullum est, filia & nepote præteritis, firmum manet, sed præteriti institutis hæredibus accrescunt ad eam portionem, ad quam præteritæ filiæ & nepotes naturales, secundum ea, quæ tradita sunt *initio hujus tituli* (1) Dormitavit ergo Hotomannus, cum putavit, majus jus fuisse filiæ adoptivæ, quam naturalis; quasi illius præteritio testamentum rupisset, hujus non rupisset, per *leg.* 8. *in princip. de injust. rupt est.* Alioqui certe vidisset, Ulpianum loqui eo loci, non de præteritione filiæ, quæ jam antea a testatore adoptata fuerat, quam testamentum faceret; verum de adoptata vel adrogata demum post factum testamentum, quæ cum utatur jure posthumæ, & in posthumis sexus non distinguatur, quod ad effectum rumpendi attinet, §. 2. *eod.* testamentum rumpit quasi agnatione sui hæredis.

(2) *Emancipati a patre adoptivo neque jure civili, &c.*) Jura liberorum adoptivorum non diutius durant, quam quamdiu constat adoptio; ea per emancipationem dissoluta, nullum amplius jus habent, sed penitus extranei sunt patri quondam adoptivo, sive jus civile spectes, quia desierunt esse sui hæredes: sive honorarium, quia & nomen liberorum amiserunt: ut esset ratio naturalis & æquitas edicti, *l.* 4. *unde liberi*, *l.* 1. §. *& sui*, 6. *l.* 3. §. 1. *contr. tab.* Et igitur nec testamento facto præteriti contra tabulas admittuntur, *hoc text. &* §. *eadem*, 12. *infra de hæred. quæ ab int.* nec ad bonorum possessionem *unde liberi* ab intestato, *l.* 1. §. *liberos*, 6. *dict. leg.* 4. *unde lib.* §. *minus ergo*, 15. *& dict.* §. *eadem* 22. *de hær. ab int.*

(3) *Quamdiu sunt in adoptiva familia, extraneorum numero*) Liberi adoptati, quamdiu sunt in familia adoptiva, jus liberorum non habent in familia patris naturalis; sed huic interim intelliguntur esse extranei, non tantum jure civili, verum etiam eo jure, quod pertinet ad edictum Prætoris. Etenim Prætor abunde eos habere censuit in familia patris adoptivi, cui jure civili succedunt, unde jacturam bonorum patris naturalis faciant; absurdum autem esse, unum atque eumdem jus filii cum effectu succedendi obtinere in bonis duorum patrum. Quamobrem qui in adoptiva familia sunt, quo tempore naturalis parens moritur, ii præteriti, neque jure civili testamentorum nullum dicere possunt, neque jure Prætorio bonorum possessionem contra tabulas petere, neque quasi liberi ab intestato, §. *at hi*, 10. *cum seqq. infr. de hær. ab int.* fac. l. *ultim. unde lib.* tantum tertio ordine hoc casu admittuntur ut cognati, §. *admonendi*, 13. *dict. tit.*

(4) *Cum emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant, &c.*) Quoniam emancipati a patre adoptivo nihil in ejus familia juris retinent, uti modo relatum est, ne utriusve parentis successione fraudentur, voluit Prætor, eos jus familiæ naturalis recuperare, *d. leg.* 4. *unde lib.* hoc est, eo jure haberi, ac si a vero & naturali patre emancipati essent: inque eo statu semper mansissent, ut nisi hæredes instituti, aut exhæredati fuerint, bonorum possessionem contra tabulas petere possint. Nec interest, utrum qui a naturali parente in ado-

adoptionem datus sit, an qui emancipatus ab eo ipse se adrogari sciverit, postea iterum a patre adoptivo emancipetur, dum tamen vivo adhuc parente naturali. Quod omnino addendum est *dict. §. at hi, 10. inf. de hær. quæ ad int. def.*

T E X T U S.

Jus novum.

5. Sed hæc quidem vetustas introducebat. Nostra vero constitutio inter masculos & fœminas in hoc jure nihil interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreatione simili naturæ officio fungitur, & lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur; quod & Prætores postea sequuti esse videntur: ideo simplex ac simile jus, & in filiis & in filiabus & in cæteris descendentibus per virilem sexum personis, nonsolum jam natis, sed etiam posthumis introduxit, ut omnes sive sui sive emancipati sint, vel hæredes instituantur, vel nominatim exhæredentur: & eumdem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda & hæreditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent, sive jam nati sint, sive adhuc in utero constituti, postea nati sint. Circa adoptivos autem filios certam introduximus divisionem, quæ in nostra constitutione, quam super adoptivis tulimus, continetur.

N O T Æ.

5. *Nostræ constitutio*) *L. 4. Cod. hoc tit.* ex qua petenda interpretatio hujus §.

Lege 12. tabularum) *L. 14. Cod. de legit. hær.* ubi hæc eadem iisdem fere verbis exponuntur.

Per virilem sexum) Quippe matri & avo materno in causa institutionis & exhæredationis liberi extranei sunt tam jure Prætorio, quam civili, *infr. §. ult.*

Ut omnes) Tum filiæ & nepotes neptesque, quam filii, & tam nascituri, quam jam nati. Tollitur igitur hic differentia, quæ oriebatur ex sexu & gradu tam in suis *supr. in pr.* quam emancipatis, *suo. §. 3.* tam in jam natis, quam in posthumis, §. 1. *supr.* Differentia autem inter suos & emancipatos non tollitur, hoc est, emancipati liberi non exæquantur suis, ut & ipsis præteritis testamentum jure non subsistat.

In utero constituti) Ut filiæ posthumæ non nominatim exhæredatæ agnoscendo rumpant, licet legatum acceperint: quod secus erat jure antiquo, §. 1. *sup.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Sublatio differentiæ circa effectum præteritionis, & modum exhæredationis liberorum, ratione sexus.*
2. *Eorumdem circa eadem exæquatio ratione graduum.*
3. *Sublatio discriminis, quod circa eadem erat in sexu inter posthumos.*
4. *Falli qui putant hoc §. tolli differentiam suorum & emancipatorum.*
5. *Quid novi circa liberos adoptivos induxerit Justinianus?*

HUC usque relatio juris antiqui: sequitur novum introductum constitutione Justiniani, quæ extat *l. ult. Cod. hoc tit.* qua ille constitutione sustulit veterum in re, de qua disputamus, differentiam sexus & gradus liberorum, natorum & posthumorum, jussitque omnes, sive mares sint, sive fœminæ, sive filii, sive nepotes, sive jam nati, sive adhuc nasciturì, æquabiliter vel institui vel exhæredari, sive de jure civili quæratur, sive de jure prætorio. Triplicem autem hoc loco causam affert, qua motus, novum hoc jus constituerit; quæ tamen in summa una est, favor sexus fœminei.

Quia utraque persona simili naturæ officio) Prima ratio introducendi novi juris, quod fœminæ in procreatione liberorum eodem cum maribus officio naturæ funguntur. Et ideo in constitutione sua insurgit in auctores istarum differentiarum, quasi naturæ accusatores existant: quæ cur, inquit, non solos masculos generavit, ut unde generentur, non fiant? Cæterum ut demus hoc verum esse, & utique hoc verum est, naturam utroque sexu ad conservationem humani generis æqualiter indigere: ratio tamen hæc tanti non est, ut propter eam jus vetus tanquam iniquum mutari debuerit: sane non ideo dicendus est naturam accusare, qui masculos a fœminis in successione parentum sive testamentaria, sive ab intestato secernit: alioqui & ipse naturæ auctor accusandus fuerit, qui filio superstite a successione patris excludit filiam. *Num. 28. vers. 8.* sunt enim & alia, maximeque jura familiæ & agnationis, ob quæ meliore conditione mares esse in causa successionis, quam fœminas, iniquum non est.

Ex lege antiqua duodecim Tab. omnes similiter) Ratio alia, qua argumentando a successione ab intestato ad testamentariam novi sui juris æquitatem commendat. Notum autem est, leg. duodecim Tab. in successione liberorum ab intestato nullum discrimen in sexu agnoscere, filiasque non minus, quam filios ad hæreditatem intestati parentis vocari. Quin & nepotes neptesque ex filio, qui in potestate sunt, si filius suus hæres esse desiit, *l. 1. §. 2. & 3. de suis & leg. §. 2. & 6. inf. de hær. ab int.* & tamen distinctio inter sexum, & gradum testamento facto est ex ratione ejusdem legis, *arg. l. 8. §. 1. de inj. rupt. test.* & certe plus est evertere testamentum, quam jus succedendi ab intestato habere. Ait: *Quod & Prætores postea secuti videntur*; scilicet in danda bonorum possessione ab intestato. Nam testamento facto filiabus inter cæteros exhæreditatis contra tabulas bonorum possessionem non Prætor dedit, non magis quam emancipatis aut filiabus posthumis, quibus inter cæteros exhæredatis legatum adscriptum erat, §. 1. & 3. *sup. l. 8. in princ. cont. tab.*

Et in filiis & in filiabus & in cæteris, non solum jam natis, sed etiam posthumis) His verbis tollitur tota illa veteris juris differentia circa effectum præteritionis & formam exhæredationis, quæ præcedentibus §§. ex eo jure relata est. Et primum exæquantur liberi in sexu, (pertinent autem hæ exæquationes ad utrumque jus, prætorium, & civile) jubenturque tam filiæ, quam filii, si hæredes non instituantur, nominatim exhæredari præteritis, aut non nominatim exhæredatis datur idem jus ad infirmandum patris testamentum, quod filii sui vel emancipati præteriti aut non nominatim exhæredati, illi jure civili, hi jure Prætorio, habent. Filiabus igitur, quæ in potestate sunt, præteritis, jus testamentum nullum dicendi, emancipatis evertendi per bonorum possessionem contra tabulas. Itaque quod in *princ. hujus tit.* ex jure veteri traditum est, filiabus, quæ in potestate erant, præteritis testamentum non fuisse nullum, sed præteritas salvo testamento ad certam portionem accrevisse hæredibus scriptis, hic jam abrogatur, & testamentum jubetur esse inutile. Uti & illud, quod eodem loco refertur, potuisse & inter cæteros filias hasce exhæredari, eo scilicet effectu, ut & jus civile eas repelleret

a jure

a jure accrescendi, & Prætor a bonorum possessione contra tabulas, *l. 8. cont. tabul.* Nullumque aliud remedium eis superesse præter unum querelæ inofficiosi, *arg. d. l.* 8. junct. §. *ult. inf. h.* t. Nunc enim post constitutionem Justiniani, etsi exhæredatæ sunt, dum tamen non nominatim, sed inter cæteros, testamentum jure civili non magis subsistit, quam si filius inter cæteros exhæredatus sit; patebi que eis, ut præteritis, etiam prætorium, quod dixi, remedium, cessante querela inofficiosi testamenti, *d. l.* 8. §. 2. *cont. tab.* junct. §. 2. *inf. de inoff. test.* Denique & illud, quod Prætori satis erat ad denegandam filiabus emancipatis bonorum possessionem contra tabulas, si inter cæteros essent exhæredatæ: nunc enim tamquam præteritæ a Prætore admittendæ sunt instar filiorum emancipatorum, quos non nominatim exhæredatos pro præteritis & olim Prætor habuit, §. *emancipatos sup. eodem*. (2) Secundo tollitur differentia graduum, liberique secundi gradus & inferiorum æquantur liberis primi gradus, hoc est, nepotes & deinceps per virilem sexum descendentes filii, quoad utriusque juris effectum. Ac proinde quemadmodum filii sui, ita & sui nepotes deinceps vel instituendi sunt, vel nominatim exhæredandi, iisque præteritis aut non nominatim exhæredatis perinde testamentum *ipso jure nullum* erit, ac si filius, qui in potestate est, præteritus aut non nominatim exhæredatus esset, cessetque *jus vetus accrescendi*, quod manente testamento nepotibus quoque suis præteritis dabatur, *d. princ. hujus t.* & Prætor etiam generali tantum clausula exhæredatos tamquam præteritos nunc agnoscit. (3) Deinde ut filio emancipato non instituto, neque nominatim exhæredato, Prætor dat bonorum possessionem contra tabulas: ita & natis ex eo, qua pater eos non præcedit. Per *l. 3. in princ. &* §. 3. *cont. tab.* Tertio tollitur differentia inter natos & posthumos, & simul, quæ in sexu quoque erat inter ipsos posthumos, jubenturque & filiæ posthumæ & nepotes ex filio instituti, aut nominatim exhæredari, perinde ut liberi jam nati & posthumi masculi: idemque jus datur filiabus & neptibus posthumis præteritis, vel non specialiter exhæredatis, quod posthumis masculi habent, scilicet ut agnascendo testamentum rumpant: etiamsi legatum acceperint: quod secus erat jure veteri §. 1. *sup. eod.* quo jure cum nec Prætor bonorum possessionem contra tabulas daret, *d. l.* 8. *cont. tab.* necessaria hoc casu erat posthumis fœminis querela inofficiosi testamenti, §. 2. *inf. test.* nunc autem & jure civili tamquam præteritæ rumpunt, & a Prætore non negliguntur. Atque hanc esse hujus loci sententiam, cum sequentia demonstrant, tum apertissime *d. l. ult. vers. sancimus*, & *seq. Cod. hoc tit.*

Ut omnes sive sui, sive emancipati sint, &c.) Hallucinatur Barth. *in auth. ex causa*, *Cod. h.* t. & cum eo fere Interpretes vetustiores, qui teste Curtio Jun. *in d. auth.* n. 43. & Jul. Claro §. *testamento q.* 42. *n.* 2. (4) tolli quoque hoc loco putant differentiam liberorum suorum & emancipatorum. Palam enim est; his verbis, *ut omnes sive emancipati, eumdem habebant effectum, quem filii sui emancipati habent*, non comparari emancipatos cum suis, sed cum filiis suis cæteros suos liberos, cum filiis emancipatis cæteros emancipatos eorumque masculorum liberos, cum sexu virili sexum fœmineum, um gradu primo gradus inferiores: ac proinde non hoc velle Justinianum, ut emancipati sublata necessitate auxilii prætorii redigantur ad conditionem filiorum suorum; verum ut filiæ, nepotes, neptes, & deinceps per virilem sexum descendentes, redigantur ad conditionem filiorum sui & suæ ac suorum, & jus, quod illi habent jure civili, alii aliæve adinstar emancipatorum, & jus, quod illi habent jure Prætorio, ut sui suæve præteriti præteritæve, aut nominatim non exhæredati exhæredatæve, adinstar filii sui testamentum ipso jure evertant, alii aliæve adinstar filii emancipati per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiantur. Quibus fere verbis Justinianus utitur in *d. sua constit. vers. sancimus*, Thalel. ad *l.* 1. §. 1. *Cod. commun. de man.* ibi, *in aliis pene omnibus nulla est inter liberos discretio*. Καλῶς ἔστι, τὸ σχιδῆν, ἐπειδὴ οἱ μὲν ʼπάξετοι, præteriti, γὰρ μόνοι ἀφανίζουσι παντελῶς τὴν διαθή-κην, οἱ δὲ emancipati, contra tabulas ἔχουσι. Nihil pro Bart. facit, quod Justinianum impulit ad novi juris constitutionem simplex & æquale liberorum jus in successione ab intestato. Immo contra. Nam ut in causa intestati lex duodecim Tabul. non distinguebat sexum & gradum in suis, Prætor non distinguebat in emancipatis; ita nunc similiter in causa testamenti eamdem vult servari simplicitatem jure civili in suis, jure honorario in emancipatis. Igitur nec in successione ab intestato par conditio emancipatorum & suorum fuit, nec par hic facta est a Justiniano. Et alioqui sequeretur, nepotem ex filio emancipato in potestate retentum post constitutionem Justiniani non potuisse amplius succedere in locum patris sui, & jura suorum hæredum nancisci in familia avi: nec ab avo præteritum rumpere testamentum. Quæ omnia perspicue falsa esse constat. Et demum longo tempore post in successione ab intestato Justinianum emancipatos suis exæquasse apparet, ex *Novella* 118. *cap.* 1. quæ tamen exæquatio sic recte accepta est, ut nihil amplius tribuat emancipatis, quam ut jure civili hæreditatem capere possint citra beneficium Prætoris; non ut ipso jure, ut sui hæredes existant; sed ut ne fiant hæredes hæreditatem adeundo, sicut extranei; nec tamen hoc trahendum esse ad successionem testamentariam, inde colligo, quod testamentum ipso jure evertere majus aliquid sit, quam ut non suis hæredibus præteritis concedi debeat.

Circa adoptivos certam induximus divisionem) *L. penult. Cod. de adop.* Cujus sententia refertur §. 2. *sup. de adopt.* (5) Et iterum plenius §. *sed ea*, 14. *inf. de hæred. quæ ab intest.* Quid, quamobrem, hic Imperator constituerit, tribus verbis indicabo. Olim qui a parte naturali in adoptionem dabantur, transibant sine ulla distinctione in familiam & potestatem patris adoptivi: unde quamdiu constabat adoptio, pro extraneis erant patri naturali, in tantum ut nec a Prætore jure liberorum censerentur, sed agnatorum duntaxat. Emancipati autem a patre adoptivo recipiebant jus naturale liberum, quod beneficio Prætoris habent emancipati a patre naturali dum in eo statu manent: cæterum hoc ita, si vivo adhuc patre naturali emancipati erant, non si post mortem ejus, ne legitimis aut scriptis hæredibus semel delata aut quæsita hæreditas auferretur, §. *at hi*, 10. *inf. de hæred. ab int.* Unde cum fieri posset, ut hic filius utriusque patris hæreditate excideret, patris naturalis, quod eo moriente adhuc esset familia adoptiva; & simul etiam patris adoptivi, si postea emanciparetur, huic incommodo e Justiniano occursum est, cautumque, ne liberi a patre naturali in adoptionem dari jus successionis, aliudve jus ullum in familia ejus amittant, neve transeant in potestatem patris adoptivi, extra quam si avus nepotem ex filio emancipato in adoptionem acceperit. Hoc constituto, jam per se intelligitur ei, qui extraneum adoptaverit, nullam necessitatem imponi hunc vel instituendi vel exhæredandi, sive jus civile, sive Prætorium con-

consideres, sive etiam extraordinarium remedium querelæ inofficiosi; sed patri naturali, in cujus potestate manet; qui autem nepotem adoptat, eum debere hunc instituere vel nominatim exhæredare, perinde ut antea juris erat in omnibus adoptivis; & denique hunc nepotem patri suo naturali interim pro extraneo esse, §. *præced.* Hæc autem ad nos non pertinent, quibus adoptionum jura incognita, vid. *sup. de adopt.* Sed neque necessitatem exhæredandorum liberorum naturalium, si hæredes non instituantur, agnoscimus; quoniam suos hæredes non habemus: valetque in his regionibus testamentum ipso jure, etiamsi filius in eo præteritus sit: eique duntaxat succurritur remedio querelæ inofficiosi. Gudelin. *lib. 2. de jur. nov. c. 5.* Grot. *lib. 2. manud. c. 18.* de quo plura alibi.

TEXTUS.

De testamento militis.

§. *Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciet, & liberos suos jam natos vel posthumos nominatim non exhæredaverit, sed silentio præterierit non ignorans an habeat liberos, silentium ejus pro exhæredatione nominatim facta valere, constitutionibus Principum cautum est.*

NOTÆ.

6. *Constitutionibus Principum*) Gordiani in *d. leg. 9.* & Philippi in *l. 10. Cod. de test. milit.*

COMMENTARIUS.

1. *An testamentum militis subjaceat querelæ inofficiosi?*

Militibus jure militari testantibus non solum remissæ sunt solemnitates illæ externæ, numeri testium, rogationis, obsignationis, subscriptionis, contextus, quas cives omnes jure communi testamentum facientes observare tenentur: sed etiam intrinseca hæc, quæ ad parentes testantes pertinent, liberorum scilicet vel institutio vel exhæredatio; placetque, præteritionem militis, dum non ignoret se liberos habere, aut uxorem prægnantem esse, obtinere vim exhæredationis, *l. 9. & l. seqq. Cod. de test. milit.* ad quem effectum respiciens Ulp. dixit, militem silentio exhæredare, *l. 12. de bon. liber.* Ait, *in expeditione occupatus*. Igitur extra & circa expeditionis necessitatem si miles testamentum faciat, quia id juxta regulas juris communis ordinare debet, præteritio ejus pro exhæredatione non erit, neque civili jure, neque Prætorio. Non obstat, quod scriptum est *l. 9. Cod. de inoffic. test.* filios queri non posse de inofficioso testamento militis vel jure militari, vel civili facto. Nam ut de inofficioso agi possit, necesse est, ut testamentum recte factum sit, & jure subsistat; at testamentum jure communi factum non subsistit, in quo liberi præteriti sunt, aut si de emancipatis quæratur, necesse est, ut Prætor eos non agnoscat; si de posthumis, ut nati non rumpant, §. 2. *inst. de inof. test.*

Non ignorans, an habeat liberos) Quod militis præteritio pro exhæredatione habeatur, voluntati ejus tributum est, quæ sola testamentum sustinet, & pro jure servatur, *l. 1. de test. mil. l. 1. C. eod.* Ut autem voluntas exhæredandi obscura non est, ubi quis scit se habere liberos, iisque silentio præteritis alios hæredes instituit: ita contra deesse illa voluntas intelligitur, ubi eum id nesciret, forte quod falso rumore perlatum esset, eos in rebus humanis esse desiisse, alios scripsit. Quod ex communi parentum omnium erga liberos affectu sumitur, quasi, quod omnino credendum est, si scivisset se habere liberos, eos ipsos, non alios sibi hæredes scripturus fuisset, *d. l. 9. & l. seq. Cod. eod. tit. l. si filiusfam. 33. §. 2. eod.* Quapropter pro diversitate liberorum per ignorantiam a milite præteritorum, aut testamentum hoc nullum dici poterit, aut rescindetur remedio Prætorio, aut rumpetur agnatione, & in tantum, ut nec legata ex eo præstanda sint, *l. militis, 36. §. 2. de test. mil.*

Pro exhæredatione nominatim facta) Sequitur ergo, nec liberos suos scienter a patre milite præteritos testamentum posse nullum dicere, nec emancipatos admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, nec posthumum præteritum agnascendo rumpere. An ne igitur saltem querela inofficiosi dabitur, quod unum est exhæredatis perfugium? Nequaquam *l. si instituta 27. §. 2. de inoffic. test. l. 9. l. testamentum 24. l. ult. Cod. eod.* Plane legitimam eos petere posse per condictionem ex lege, *arg. auth. Presbyteros C. de Ep. & Cler.* Glossa & Cyn. *in d. l. 9.* tradiderunt. (1) Hoc autem totum Jus, cum sit singulare & militum duntaxat ex privilegio, nulla ratio est, quamobrem cum Claro §. *testam., q. 40. n. 6.* Grass. §. *testam. q. 7. n. 3.* & Interp. vulgo dicamus sublatum esse. *Nov. 115. c. 3.* generalique constitutione etiam milites, & militaria testamenta contineri, hoc est, eos etiam jure militari testantes redigi ad conditionem paganorum, quantum pertinet ad necessitatem institutionis & exhæredationis liberorum. Quod etiam D. Viglius hic post Lud. Roman. in *d. l. 9.* observavit, & tandem re diligenter inspecta probat D. Tulden. *in cap. de test. milit. n. 6.* item D. Perez. *ibid. num. 12.* add. Vasq. *l. 3. de succ. creat. §. 24. n. 51.*

TEXTUS.

De Testamento matris, aut avi materni.

7. *Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut hæredes instituere, aut exhæredare, sed possunt eos silentio omittere. Nam silentium matris aut avi materni, & cæterorum per matrem adscendentium tantum facit, quantum exhæredatio patris. Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve hæredem non instituat, exhæredare necesse est, sive de jure civili quæramus, sive de edicto Prætoris, quo Prætor præteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit: sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet.*

NOTÆ.

7. *Silentium matris, &c. tantum facit*) Et hoc etiamsi mater ignoraverit se liberos habere. Sed hoc casu legata & libertates non intercidunt, quia color dementiæ hic obtendi nequit, *l. 27. §. ult. & l. seq. de inoff. test.*

Sive de jure civili) Quo jure soli sui hæredes præteriti; sive quod nunc idem valeat, non nominatim exhæredati testamentum tollunt aut rumpunt, §. 5. *sup.*

Edicto Prætoris) Quo liberi emancipati, sive qui sui esse desierunt, præteriti, vocantur ad contra tabulas bonorum possessionem: non qui nec sui sunt, nec esse desierunt, *d. §. 5. l. 1. l. 4. §. 2. cont. tab.*

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Quod matris præteritio vim exhædationis habeat, id facere conditione liberorum.*
2 *Propter eamdem conditionem præteritos a matre jus antiquum scriptis accrescendi non habuisse.*
3 *Explicatur locus Pauli l. 4. §. 2. cont. tab.*
4 *Quodnam sibi illud adminiculum, cujus in calce hujus text. fit mentio?*

QUod militis præteritio vim exhæredationis habet, ex privilegio est; quod matris & avi materni, facit liberorum conditio, qui matri & avo materno jure civili pro extraneis sunt, §.3. *inf. de hær. aqual* (1) Nimirum lex civilis, quæ magis familiarum conservationem spectavit, quam naturam, non eodem modo materna bona liberis addicit, ut paterna; non sic, filius maternæ quoque dotis, viva adhuc ea, dominus quodammodo existat, uti bonorum patris est. Quapropter si ea alium hæredem instituat filio præterito, nullam, quod ad eam legem attinet, injuriam filio facit, cum suum ei non adimat, & ideo frustra etiam requiratur exhæredatio; immo nec proprie dici possit filium exhæredare, cum exhæredare sit suam filio hæreditatem adimere, siquidem ubi non est habitus, ibi non potest esse privatio. Igitur quia mater suos hæredes non habet, & nepotes ex filia non sunt sui hæredes avo, ideo silentium matris & avi materni tantum facit, quantum exhæredatio patris. Et hoc, etiamsi ignoraverint se liberos habere, contra quam in milite prætereunte jus est, *l. si in inst. 27. §. ult. & l. seq. de inoff. test. facit huc l. 4. §. 2. de bon. poss. cont. tab. l. nulla 13. de suis & legit. hær.*

Sive de jure civili) Quia, ut diximus, non sunt sui hæredes, hoc est, non tales, qui vivo adhuc parente jus aliquod habeant, quod post mortem illius in iis continuetur, nisi expresse exhæredes esse jussi sint, *l. in sui 11. h. tit.* (2) Quamobrem nec ad jus civile antiquum pertinet, quo solus filius suus præteritus testamentum infirmabat, cæteri liberi, sed sui item duntaxat, præteriti, portionem scriptis hæredibus accrescendo auferebant *supr. prin. hujus tit.* nec ad jus novum, quo omnes quidem liberi sui, sed soli præteriti, sive quod nunc idem valet, non nominatim exhæredati, nullum dicunt aut rumpunt, §. *sed hæc 5. sup. eod.*

(3) *Sive de edicto Prætoris*) Paulus *l. 4. §. 2. cont. tab.* scribit, edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinere ad testamenta fœminarum, addicta hac ratione, quia fœminæ suos hæredes non habent. Quæ tamen ratio videri potest non esse sufficiens: non enim ad suos tantum hæredes, sed etiam ad emancipatos, quos constat suos hæredes non esse, & vel maxime, id edictum pertinet; utpote quorum causa principaliter comparatum est, §. 3. *sup. eod.* Verum amplius quid significare Paulus voluit, nempe edictum istud non pertinere ad eos liberos non suos: qui & numquam sui fuerunt: matrem autem, ut suos hæredes non habet, ita nec posse desinere habere: quod idcirco etiam a Cajo expressum videtur *l. nullæ 13. de suis & leg. hær.* Nimirum Prætor, quo minimum a ratione juris civilis recederet, eorum duntaxat, qui ex masculis progeniti essent, rationem habuit, & jus suitatis, quod emancipatis abstulerat, capitis diminutio recissa ea restituit, *l. 6. §. 1. de bon. poss.* Atque ita jus a se introductum specie quadam suitatis colloravit, cujusmodi colore tegere ex fœminis natos non potuit.

(4) *Aliud eis adminiculum servatur*) Potuisset totidem verbis adminiculum istud indicare. Intelligit autem querelam inofficiosi testamenti. Quod remedium cum initio tantum competeret liberis, qui eo, quod a patre exhæredati essent, neque civili jure, neque prætorio testamento turbari poterant, *leg. 8. in princ. cont. tab.* postquam ex Senatusconsulto Orficiano etiam matris successio liberis delata est, datum quoque est exhæredatis, sive, quod hic eandem vim habet, præteritis a matre, suadente id eadem pietatis ratione. Agitur de hoc remedio *inf. tit. 18.* quo loco simul discemus, id etiam parentibus inique exhæredatis, vel præteritis, nonnumquam & fratribus dari. Cætera quoque in eumdem locum examinanda rejicimus, quæ ab Interpretibus disputari solent; veluti an adhuc post *Nov. 115. cap. 3.* præteritio matris & per matrem adscendentium pro exhæredatione sit: an liberis a patre præteritis testamentum adhuc sit irritum, tum quoad legata & cæteros articulos, quam quoad institutionem: an formæ exhæredationis aliquid adjectum, quo non observato testamentum, quod jure veteri substituisset, nunc sit nullum; aliaque ex eodem fonte manantia: & postremo etiam hujus, harum & vicinarum regionum, quod etiam a novissimo Justinianæo, quoscumque Interpretes sequare, multa te ostendemus recedere.

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

DE HÆREDIBUS INSTITUENDIS.

Dig. Lib. 28. Tit. 5. C. Lib. 6. Tit. 24.

Ratio dispositionis & argumentum Tituli.

DIctum hactenus de iis rebus, quas parentes cavere debent & testamento suo complecti, si id justum ratumque esse velint; sequitur nunc ipsum testamenti formale, hæredis scilicet institutio. Ea caput & fundamentum testamenti esse dicitur, §. *ante 34. infr. de leg.* propterea quod sine ea testamentum consistere non potest. Dicitur & testamentum ex ea sola robur ac firmamentum capere; quia ad vim testamenti nihil aliud requiritur, quam ut quis hæres institutus sit: utique extra necessitatem instituendi aut exhæredandi certas personas. Inde dictum, eum qui neque legaturus quid est, neque quemquam exhæredaturus, posse tribus verbis testamentum facere ut dicat, *Lucius hæres esto l. 5. §. 3. h. tit.* Hæredem instituere esse scribere vel nuncupare testamento, quem tibi velis bonorum & universi juris successorem esse. Quibus verbis institutio fiat, parum refert, modo per ea liqueat voluntatis intentio, *l. quoniam 15. C. de test.* quo loco Constantinus abrogat differentiam, quam faciebat antiquitas inter verba directa & inflexa, auctore Ulp. *tit. 21.* Titulus hic noster tres partes continet, quarum in prima agitur de iis, qui hæredes institui possunt; in altera de quota hæreditatis, quam vel unus vel plures instituti habere debeant ex ratione juris, aut voluntate defuncti: in tertia de forma seu modo instituendi, atque iis, quæ institutioni bene aut perperam adjiciuntur.

T E X T U S.

Qui possunt hæredes institui?

Hæredes instituere permissum est tam liberos homines, quam

quam servos; & tam proprios, quam alienos. Proprios autem olim quidem secundum plurium sententias non aliter, quam cum libertate, recte instituere licebat. Hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione eos hæredes instituere permissum est. Quod non per innovationem induximus, sed quoniam æquius erat, & Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Masurium Sabinum, quam ad Plautium scripsit, refert. Proprius autem servus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente. Est tamen casus, in quo nec cum libertate utiliter servus a domino hæres instituitur, ut constitutione Divorum Severi & Antonini cavetur. Cujus verba hæc sunt: Servum, adulterio maculatum, non jure testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quæ rea fuerat ejusdem criminis postulata, rationis est. Quare sequitur, ut in eumdem a domina collata hæredis institutio nullius momenti habeatur. *Alienus servus etiam is intelligatur, in quo usumfructum testator habet.*

NOTÆ.

Hæredes instituere) Scribere, vel nuncupare, *l.* 1. §. 1. *ff. eod.* Est autem hæredis institutio caput & fundamentum testamenti, §. 34. *inf. de legat.* neque enim sine ea testamentum potest consistere, §. 2. *inf. de fideicomm. hæred.* Quibus verbis nunc fiat, parum refert, modo per ea liqueat voluntatis intentio, *l.* 15. *Cod. de testam.*

Quam alienos) Si modo eorum servi sint, quos ipsos hæredes instituere possumus: nam ex persona domini cum servis testamenti factio est, *dict. leg.* 31. Ulpian. *tit.* 22. §. 8. *l.* 12. §. 2. *de legat.* 2.

Sine libertate) Ita & *sup.* §. 2. *qui & ex quib. caus. man.* Id est, omissa libertatis datione. Constitutio extat in *l. pen. Cod. de serv. nec. hær.*

Non per innovationem) Quia jam olim idem quibusdam placuerat, ut mox subjicit. Quod autem obtinet, ex nova est Justiniani humanitate. Ita concilia hunc locum cum *d.* §. 2.

Adulterio maculatum) Apud Marcian. *l.* 48. *hoc tit.* unde hic locus descriptus, legitur *accusatum*. Sed legendum arbitror *maculatum*, ut hic; nec obstat *l.* 8. *Cod. ad leg. Jul. de adult.* Græci quoque ἐνοχον ὄντα τῇ μοιχείᾳ, non κατηγορούμενον. Et ad *l.* 1. *Cod. qui non poss. ad lib.* ὑποψίαν ἔχοντα ἐπὶ τῇ μοιχείᾳ, *suspectum*, &c.

COMMENTARIUS.

1 *Qui in quantum hæreditatem capere non potuerint?*
2 *Qui & in quantum hodie hæredes institui vetentur?*
3 *Institutionem servi alieni sustineri ex persona domini proprii ex consequentia libertatis.*
4. *Quid juris in servo communi ab uno e dominis hærede instituto?*
5. *Quid in instituto a domino nudæ proprietatis?*
6. *Quam rationem habeat casus specialis hic relatus?*
7. *Quid si servus hæres institutus sit a fructuario?*

TAM *liberos homines, quam servos*) Ὑστερολογία, nam dicendum potius erat, *tam servos quam liberos*, hoc est, non minus servos, quam liberos; quomodo hoc expressit Cajus *l. non minus* 31. *h. t.* quoniam de liberis res certior. (1) De liberis autem hominibus nihil amplius hic traditur, quam quod hæredes institui possunt. Et an ergo possunt omnes promiscue & sine exceptione? nequaquam. Nam primum illi soli ex hominibus liberis institui possunt, qui sunt cives Romani; peregrini non possunt, sive semper tales fuerint, sive per sententiæ severitatem ad peregrinitatem redacti sint, *l.* 6. §. 2. *hoc tit. l.* 1. *Cod. eod. fac. l. sunt quidam* 17. §. 1. *pæn.* Peregrinorum numero erant & deditititii; erat & Latinus Junianus, nisi quod hic capere hæreditatem poterat, si mortis testatoris tempore civis Romanus factus esset, Ulp. *tit.* 22. §. 1. & 2. Cæterum Justinianus differentias libertinitatis sustulit data libertinis omnibus civitate, §. *ult. sup. de libert.* Sed nec qui cives sunt, omnes institui aut olim poterant, aut nunc possunt. Lege Voconia cautum erat, ne qui census esset, virginem, neve mulierem supra quadrantem suorum bonorum hæredes institueret. Cic. *Verinn.* 3. *de præt. urb. & in orat. pro Balb.* Dion. *lib.* 56. Gell. *lib.* 1. *cap.* 1. Lege Julia de maritandis ordinibus vetabantur cælibes, nisi qui genere essent proximi, quicquam ex testamento civis Romani capere. Ulpian. *dict. titul.* §. 2. ita tamen, nisi intra centum dies legi parerent, hoc est, matrimonium contraherent, idem Ulpian. *titul.* 17. Eadem lege vetabantur orbi plus capere ab extraneo, quam dimidiam partem eorum, quæ relicta erant; pars altera fiebat caduca, id est, fisco cedebat. Lege decimaria non amplius conjugi ex conjugis testamento capere licebat, quam relictorum partem decimam: idem Ulpian. *titul.* 15. & *seq.* Hinc natæ cautiones illæ de instituendis in tempus capiendæ hæreditatis iis, qui vel omnino quicquam, vel solidum ex testamento capere legibus istis prohibebantur. Vid. *l. in tempus* 62. *l. qui non vult* 78. §. *ult. hoc tit. l. cum ei* 42. *l. si Titio* 55. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 6. *l.* 11. *de vulg. & pupill. subst.* 16. §. *si qui* 15. *ad SC. Trebell. l.* 13. §. *ult. de jur. fisc. cum similib.* quæ nisi hinc lucem accipiant, intelligi non possunt. Postea pœnæ cælibatus, orbitatis, & legis decimariæ sublatæ sunt, *l.* 1. & *l.* 2. *Cod. de infirm. pæn. celib.* (2) Qui autem incestis nuptiis sese polluerunt, illi nec hodie aut se mutuo, aut propudiosam sobolem instituere possunt *l.* 6. *Cod. de incest. nupt.* nec mulier adulterum suum, aut hic illam, *l.* 13. *l.* 14. *de his quæ ut indign.* Add. D. Christin. *vol.* 1. *decis.* 200. Liberi naturales ex concubina nati, qui olim non minus quam cæteri cives, non ab extraneis tantum, sed etiam a patre, idque in solidum, hæredes institui poterant, *l. Lucius* 45. *de vulg. & pupill. l.* 16. §. 1. *de his quæ ut indign. l. ult. de jur. delib.* (vid. Paleoth. *de noth. spuriisq. fil. cap.* 35. & *seq.* & contra sentientes Alciat. 4. *parerg.* 5. Anton. Fab. *jurispr. tit.* 9. *princ. ill.* 1.) ex constitutione Justiniani *Novella* 89. *cap.* 12. unde *auth. licet*, *Cod. de nat. lib.* unicam tantum unciam ex patris testamento capere possunt, si superstites sint liberi legitimi: octo uncias, si soli superstites testatori parentes. Qua in re mitior Justinianus erga liberos naturales fuit quam Constantinus, *l.* 1. *Codice de natur. lib.* aut etiam Arcadius, & Honorius, *l.* 2. *Cod. eodem*. Vid. Grass. §. *institutio* 1. *quæst.* 7. Palæot. *dict. loc.* Constitutione Leonis & Anthemii vetatur conjugi secundo plus relinquere, quam uni ex liberis prioris matrimonii, & quidem cui minimum relinquit, *l. hac edictali* 6. *Cod. de sec. nupt.* Porro Principum Christianorum constitutionibus vetantur hæredes institui apostatæ, *l.* 3. *Codice de apostat.* item hæretici, *l.* 4. *Codice de hæret. & Manich.* quod tamen non de omnibus, qui pro orthodoxis habiti non sunt, accipiendum esse arguit constitutio Justiniani *Novella* 115. *cap.* 3. ὀρθοδοξία ponit inter justas causas exhæredationis & exclusionis a successione ab intestato.

Ra-

Rationis autem st, ut qui ab intestato succedere potest, etiam hæres recte instituatur. Hæc non debuerat Tribonianus intacta relinquere, qui de servis tam accurate disserit.

(3) *Et tam proprios, quam alienos*) Cum servis qua servis non est testamenti factio, sed quatenus per eos hæreditas perventura est ad cives Romanos, aut ipsi cives futuri. Igitur in servo alieno persona domini spectantur, & sustinetur institutio, si dominus civilis Romanus sit, & jus capi-ndæ hæreditatis habeat, perinde quasi ipse per servum institutus esset, *l. non minus* 31. *l. si paterfam.* 40. *hoc titul. l.* 10. *de acquir. rer. domin.* Quod si mihi cum domino non sit testamenti factio, puta quia peregrinus est, aut capere ex meo testamento vetatur, nec cum servo gerit, *argum. l. non minus* 31. *hoc titul. fac. l.* 12. §. 2. *de legat* 1. *l. si Titio* 55. §. 1. *de legat.* 2. Ulpian. *titul.* 22. §. *alienos* 8. Vide tamen, quæ notavimus ad §. *in extraneis* 4. *infr. de hæred. qualit. & differ.* In servo autem proprio institutio eadem ratione defendi non potest, ut scilicet dicamus eam sustineri ex persona domini; quippe quia ipse testator est, sed aut nulla erit, aut si eam valere volumus, necesse est, ut simul consequatur libertatem.

Olim non aliter, quam cum libertate, hodie etiam sine libertate.) Plerique veterum in ea sententia fuere, ut putarent servum proprium non aliter recte hæredem institui, quam cum libertate, non ausi per consequentiam datæ hæreditatis libertatem servo defendere ob rationem quam indicavimus *supr. qui & ex quib. caus. manum* §. 2. Justinianus vero etiam omissa libertatis datione institutionem valere voluit, & perinde haberi, ac si simul liber esse jussus esset, *l. penult. Codice de nec serv. hæred.* quod cum humanis & favor libertatis suadet, tum etiam voluntati testatoris consentaneum est, quippe quia hoc ipso quod servum suum hæredem esse vult, non obscure significat, velle se etiam, ut liber sit; cum absque eo nec hæreditatem obtinere possit. Et cur, quod in servo proprio tutore sine libertate dato veteres admiserunt, ut hoc ipso, quod tutor datus est, libertas quoque ei imposita videatur, *l. quæro* 32. §. 2. *de test. tut.* §. 1. *sup. qui testam. tut. dar.* n n admittatur itidem in servo simpliciter hærede scripto eadem voluntatis conjectura? Ita argumentatur Justinianus *d. l. penult.* In tutore dato accedit quidem & favor pupilli, *l.* 10. §. *ult. de test. tut.* Cæterum quem testator hæredem instituit, eum vicissim majore prosequitur affectu atque honore, quam quem liberis tutorem dat. Enimvero consequentia legati vel fideicommissi servo proprio sine libertate relicti libertas servo non defenditur, *d. l. penult.* §. *illo* 2. quantumvis & legatum sine libertate inutile sit, *l. servus* 76. *hoc tit.* neque enim hic idem favor est, & dicta constitutione Justinani voluntas testatoris aliquo modo exitum habere potest

Quod non per innovationem) Supra tamen §. 2. *qui & ex quibus caus. man.* profitetur, sed id nova humanitatis ratione constituisse. Utrumque suo sensu verum est. Nihil innovavit, quatenus spectamus sententiam paucorum, inter quos & Atilicinus fuit, quibus jam olim, quod hic constituitur, placuit. At novum jus constituit, quatenus spectamus id, quod re[c]eptum erat ex plurium sententia, qui negabant, serv[u]m proprium sine libertate hæredem institui posse, Ulpianus *titul.* 22. §. 7. 12. & sententiæ istius abrogationem. VINN. adeo verum videbatur, servum nisi libertatem plenam consequutum, institui non posse, ut nec servus, qui tantum in bonis erat, institui posset, quamvis cum libertate. Manumissus enim testamento, liber quidem fiebat, sed Latinus, adeoque nec hæres esse poterat, nisi intra centum dies jura Quiritium impetrasset. Ulpianus *tit.* 22. §. 8. HEIN.

Proprius autem servus etiam, &c. in quo nudam proprietatem) Servus proprius vel in solidum est, sive unius domini proprius, vel pro parte, & pluribus proprietate communis: & iterum vel proprius est pleno jure, vel nuda tenus proprietate. Videamus ergo, an quod hic constitutum est de servo proprio hærede instituto, etiam ad servum communem ab uno e dominis institutum, & ad eum quoque, in quo alius usumfructum habeat, pertineat? (4) De communi servo ita jus vetus fuisse constat, ut si unus e dominis libertatem ei imposuisset, eo casu pars ejus amitteretur, & socio accresceret, §. *ult. supra de donat.* ac proinde socio quoque hæreditas acquisita fuit, si is servus simul hæres ab altero institutus fuisset: Justinianus autem, quod soli milites ex speciali concessione habebant, videlicet ut liceret militi servum communem libertate donare, eo effectu, ut socius hoc casu partem suam vendere teneretur & accipere pretium, voluit jus esse commune omnium civium, *l.* 1. *princ. &* §. 1. *Codice de comm. serv. man.* Post quam constitutionem certtin est, servum communem, quem unus e dominis & liberum & hæredem esse jussit, & libertatem & hæreditatem consequi, pretio partis, quam alter in eo habet, oblato. At nihil definit constitutio de servo communi simpliciter ab uno hærede instituto, non facta mentione libertatis. An dicemus & hic libertatem perinde pro adscripta haberi, ac si servus in solidum proprius hæres simpliciter institutus sit? argument. hujus loci. Et id quidem Dom. Viglio placere video. Sed vereor, ut defendi possit. Nam ut omittam tritum illud de non admittenda extensione in correctoriis, verba ipsa constitutionis *in fin.* §. 1. *& hoc moriturus dixerit*, extensionem istam non ferunt, ut bene observat Dom. Bachovius, Et quia ratione partis, quam socius habet, servus alienus est, quidni quod responsum est de legato servo communi relicto, totum id ad socium pertinere? *l. verum* 63. §. *si servo* 9. *pro soc l. Plautus* 49. *in princip. ad legem Falcid.* idem dicimus de servo communi hærede simpliciter instituto, socium nimirum per eum servum videri institutum, & hæredem fieri? VINN. Recte. Nam dum hæres institutus est servus communis, hæreditatem totam acquirit domino socio: dum sine liberrate institutus, servus ipso pro parte hæredis, qui in jus defuncti succedit. Fr. Balduino. Tribonianismum observanti in *l.* 63. §. 3. *ff. pro soc.* jam respondit Vir Clarissimus Schultingius ad Ulpianum *pagina* 637. HEIN. (5) De servo, in quo testator nudam proprietatem, alius usumfructum habet, ait hoc loco Justinianus, eum etiam proprium intelligi testatoris, idque convenienter rationis juris, *l. recte dicimus* 25. *de verb. significat.* Et ergo etiam hic servus a domino nudæ proprietatis hæres institutus, sive cum libertate, sive simpliciter, ex constitutione Justinjani & liber hæres erit, *d. l. penult. Cod. de nec serv. hæred. inst.* Neque enim quod de servo communi simpliciter instituto diximus, socium per eum hæredem fieri, locum habet in fructuario, cui hæreditas acquiri non solet, §. *de iis* 4. *sup. per quas pers.* Quid ergo fiet de fructuario? An liber factus nihilominus operas fructuario interim præstare tenebitur, atque ex re ejus acquiret, quamdiu durat ususfructus; an vero pretio ususfructus dato defungetur? Illud, si se-

si sequimur constitutionem *l. 1. Cod. comm. de man.* Hoc, si putamus, ad hunc servum etiam pertinere, quod pauco tempore post de communi servo constitutum est, *l. 1. Cod. de comm. serv. man.*

(6) *Est tamen casus, &c.)* Refertur hic ex *lege his verbis 48. §. 2. hoc tit.* casus singularis, quo servus proprius hæres institui non potest, ne cum libertate quidem, cui locus est in muliere adulterii postulata. Hæc prohibetur, servum suum suspectum criminis ante finitam cognitionem manumittere: quod ideo provisum est, mancipium per manumissionem quæstioni subducatur, *l. prospexit 12. qui & a quibus man.* Cum igitur lex manumissionem & libertatem impediat, nec institutio hæredis in hujusmodi servum collata valere potest. Ait, *servum adulterio maculatum*, id est, suspectum fama & opinione vulgi inquinatum: siquidem duos adulterii reos simul marem & fœminam ex eadem causa fieri lex Julia vetabat; ordine tantum peragi poterant, *leg. 8. Cod. ad leg. Jul. de adult.* ac proinde etiam in *dict. leg. 68. §. 2.* unde hæc sumpta sunt, eodem modo ut hic legendum esse arbitror; non ut ibi, *adulterii causatum*. Theophilus vertit, ἐνόχον ὄντα τῇ μοιχείᾳ, *obnoxium implicatum*, non dixit, κατηγορούμενον.

Alienus servus, in quo usumfructum, &c.) Igitur hic servus a fructuario hæres institutus, nec hæres, nec liber erit, sed hæreditatem acquiret proprietario, ad instar servi plane alieni, *§. seq. vers. alienus quoque*. (7) Et vero post mortem fructuarii finitur ususfructus, & consolidatur cum proprietate. Sed etsi liberum simul eum esse jusserit, adhuc idem dicendum est: quoniam alieno servo libertas inutiliter datur: neque huc accommodari potest pars constitutionis Justinianeæ, *l. 2. vers. sin autem Cod. comm. de man.* de servo a vivente fructuario manumisso, ne scilicet is cogatur servire proprietario, quamdiu constat ususfructus; quia, ut dictum est, morte fructuarii jus illius omne extinguitur.

TEXTUS.

Si servus hæres institutus in eadem causa manserit, vel non.

1. *Servus autem a domino suo hæres institutus, si quidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber, hæresque ei necessarius. Si vero a vivo testatore manumissus fuerit, suo arbitrio adire hæreditatem potest: quia non fit hæres necessarius, cum utrumque ex domini testamento non consequatur. Quod si alienatus fuerit, jussu novi domini adire hæreditatem debet, & ea ratione per eum dominus fit hæres; nam ipse alienatus neque hæres esse potest, etiamsi cum libertate hæres institutus fuerit: destitisse enim a libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque servus hæres institutus, si in eadem causa duraverit, ejus domini adire hæreditatem debet. Si vero alienatus fuerit ab eo, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam adeat, debet jussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore, vel mortuo, antequam adeat, suo arbitrio adire potest hæreditatem.*

NOTÆ.

1. *Destitisse a libertatis datione)* Quod si testator eum postea redemerit, reviviscit libertas & institutio, *leg. 9. §. 16. leg. 50. eod.* Hinc autem intelligimus regulam juris civilis traditam *l. 13. §. de lib. & posthum.* solum procedere, cum servus in eadem causa manet.

Jussu novi domini) leg. 62. §. 1. de acq. hær. l. 2. §. ult. de bon. poss. sec. tab. ubi hæreditatem sive bonorum possessionem cum domino ambulare Ulpianus ait.

COMMENTARIUS.

1. *Servo proprio hærede instituto, quis circa acquirendam hæreditatem institutionis effectus? & num. 2.*
2. *Quod circa idem instituto servo alieno?*

Hoc constituto, non minus servos posse hæredes institui, quam homines liberos, porro nunc quæritur de effectu institutionis servi circa acquisitionem hæreditatis, primum in servo proprio, deinde & in alieno. In utroque autem ita distinguitur, ut referat, utrum in eadem conditione servus manserit, an non manserit, propterea quod vel manumissus sit, vel alienatus. (1) De servo proprio hærede instituto ait: *Siquidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber hæresque necessarius. In eadem causa*, hoc est, in eadem conditione servitutis, ut neque a domino post factum testamentum manumissus, neque alienatus fuerit. *Hæres necessarius:* ideo sic dictus, quia sive velit, sive nolit, post mortem domini protinus liber & hæres fit, *§. 1. infr. de hæred. qual.* Quod cum in eorum gratiam initio institutum esset, qui cum solvendo non essent, ignominiam bonorum venditionis in hæredes suos derivare, quam suæ memoriæ reservare malebant, *§. 1. supra qui ex quib. caus. man.* postea generaliter obtinuit, ut ostendit hic locus. Ratio autem hujus rei haud dubie hæc est, quod cum honori testatoris nonnihil decedat, si repudietur ejus hæreditas, visum sit, id servo licere non debere, in quem testator simul cum hæreditate contulit inæstimabile beneficium libertatis. Quin etiam ex constitutione juris civilis libertas & hæreditas ita conjuncta sunt, ut neutrum separatim servo adimi possit, neque libertas sola, neque sola hæreditas, *leg. 13. §. 1. de lib. & posthum. l. 6. §. ult. hoc tit.*

(2) *Quod si a vivo testatore manumissus) &c.)* Casus contrarius, quo scilicet servus proprius hæres institutus in eadem conditione non mansit, duplex est, vel quia post factum testamentum manumissus est, vel quia alienatus, manumissus suo arbitratu hæreditatem adibit, quia non fit hæres necessarius, qui hæreditatem duntaxat, non etiam libertatem ex testamento domini consequitur, *leg. antepen. hoc tit. l. 6. §. 3. eod.* Unde tamen probe facturus est, si pro beneficio libertatis ante adeptæ hanc gratiam patrono referat, ut suscipiat ejus hæreditatem. Alienatus nec liber, nec hæres fit, etiamsi cum libertate hæres fuerit institutus; hoc enim ipso quod alienatus est, mutata voluntas domini & revocata datio libertatis intelligitur, ut jam perinde haberi debeat, ac jam tempore testamenti facti alienus fuisset, ac proinde jubenti novo domino hæreditatem acquireret, *l. 9. §. si servus, 16. l. servum, 50. hoc tit. l. servo, 42. de cond. & dem. l. quæsitum, 91. §. 4. de leg. 1.* Enimvero si testator eum postea redemerit, reviviscit, ut ita dicam, libertas & institutio, *d. l. 9. §. 16. d. l. 50. hoc tit.* Hinc autem intelligimus, regulam juris civilis traditam, *l. 3. §. 1. de lib. & posth.* tunc solum procedere, cum servus in eadem causa manet; nam si alienatus fuerit, necesse est fateri, inutilem esse libertatis dationem, quod & Viglius notat.

Ali-

Alienus quoque servus.) Supra dictum est, etiam servum alienum hæredem institui posse: cæterum sustineri institutionem non ex persona servi, sed ex persona domini, civis scilicet Romani, quasi ille ipse mediate per servum institutus videatur. Nimirum ut servi etiam hac in re dominis suis utiles esse possint, receptum est, ut persona dominorum iis ad tempus accommodetur, cum alioqui cum servis non sit testamenti factio, *l. non minus*, 31. *hoc tit. l. debitor*, 82. §. 2. *de legat.* 2. Nunc hic itidem de effectu istiusmodi institutionis quæritur, quemadmodum paulo ante quæsitum fuit de effectu institutionis servi proprii.

(3) *Si in eadem causa, &c.*) In alieno servo hærede instituto iidem casus distinguuntur, qui in proprio: nam aut mansit in eadem causa, & dominum suum hæredem facit, nempe si jussu ejus adierit, §. 3. *super per quas perf.* aut non mansit, vel quia alienatus est, & jubenti ei domino hæreditatem acquirit, cujus in potestate est tempore aditionis, *leg. Antistitur*. 62. §. 1. *de acq. hær. l.* §. *ult. de bon poss. sec. tab.* quo loco Jurisconsultus ait, hæreditatem sive bonorum possessionem ambulare cum domino: vel quia manumissus est, quo casu suo arbitrio hæreditatem adire, eamque sibi acquirere potest, Ulp. *tit.* 22. §. 13. Et igitur licet persona domini in hujusmodi institutionibus inspiciatur, ut sit cum servis testamenti factio, videtur tamen simul & personæ servi ratio haberi, fac. *lex debitor*, 82. §. 2. *de legat.* 2. *l.* 5. *de serv. legal. l. si paterfam.* 40. *hoc tit.* Illud notandum est, servum alienum cum libertate frustra hæredem institui in tantum, ut etsi is postea testatoris esse cœperit, nihil magis liber aut hæres fiat; *leg. si alienum*, 49. *hoc tit.*

TEXTUS.

De servo hæreditario.

1. *Servus etiam alienus post domini mortem recte hæres instituitur: quia & cum hæreditariis servis testamenti factio est. Nonam enim adita hæreditas personæ vicem sustinet, non hæredis futuri, sed defuncti, cum etiam ejus, qui in utero est, servus recte hæres instituatur.*

NOTÆ.

1. *Post domini mortem*) Non ita, *Stichus post mortem Titii domini sui hæres mihi est*, ut male Theophilus, sed ita, *Stichus servus Titii defuncti hæres mihi esto*.

Nondum adita hæreditas personæ vicem) Ratio dubitandi, quia tempore facti testamenti servus nullius est, *l.* 64. *hoc tit.* Ratio decidendi, quia jacens hæreditas personæ defuncti locum interim obtinet, & pro domino habetur, *l.* 31. §. 1. *eod. l.* 34. *l.* 61. *de acq. rer. domin. infr. de stip. serv. in pric.*

Non hæredis futuri, sed defuncti) *dd. loc. cum simil.* Immo non defuncti, sed hæredis futuri, *l.* 14. *de nov.* Solve; hæreditas qua jacens considerata defunctum repræsentat, ut actus ex persona ejus vires capiat, *l.* 52. *hoc. tit. l.* 35. §. *ult. de acq. rer. dom.* adita vero videtur retro repræsentasse personam hæredis, cui soli eventu inspecto acquiritur, *d. pr. in fin. de stip. serv.* fac. *l.* 73. §. 1. *de verb. obl. l.* 28. §. *ult. l.* 35. *de stip. serv.*

Ejus, qui in utero est servus) Hoc eamdem plane rationem habet, *l.* 64. *hoc. tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Diversa consideratione recte dici, jacentem hæreditatem repræsentare & personam defuncti & personam hæredis.*
2. *Cur servus posthumi alieni hæres institui potuerit, ipse posthumus alienus non potuerit?*

Cum servi alieni institutio, ut dictum est, sustineatur ex persona domini, quæsitum est, an servus alienus recte hæres instituatur etiam post mortem domini, hoc est, servus hæreditarius? Dubitandi causa ex eo, quod in proposita persona domini, qui nullus est tempore facti testamenti, *leg. ejus servum*, 64. *hoc. tit.* servo accommodari non possit. Placuit tamen nihilominus, recte hunc servum hæredem institui, quasi per interpositam hæreditatem a defuncto adhuc, ut ita dicam personetur; quippe hæreditatem jacentem defuncti locum interim obtinere, & pro domino tantisper fictione juris haberi, *leg. non minus*, 31. §. 1. *hoc tit. leg. hæreditas*, 34. *l. hæreditas*, 61. *de acquir. rer. dom. l.* 13. §. 2. *ad l. Aquil. l.* 15. *de inter. in jur. l.* 9. *Cod. depos. cum similib.*

Non hæredis futuri, sed defuncti) Hoc totidem quoque verbis traditur *d. l.* 34. *de acq. res. dom.* alibi simpliciter dicitur, hæreditatem obtinere defuncti locum, *de l.* 31. *hoc. tit. & infr. de stip. serv. in pr.* Apud Pomponium tamen contra scriptum legimus, hæreditatem interim sustinere personam hæredis, *l. novat. l.* 24. *in fin. de novat.* quod & ratio juris efficere videtur. Siquidem qui postea hæres extitit, ex mortis tempore defuncto successisse intelligitur, sive quod idem valet, retro agitur hæreditas, quamvis postea adita, & cum tempore mortis continuatur, *l. hæres*, 54. *de acq. hær. l. omnis*, 138. *l. omnia*, 193. *de reg. jur.* Sunt qui putant, non satis inter veteres hac de re convenisse, inter quos & D. Hotomannus est. Nolim ergo temere eo decurrere. (1) Videamus, an non utrumque recte dici possit, hæreditatem repræsentare & personam hæredis & defuncti, diversa consideratione. Etenim si eventum spectamus aditæ hæreditatis, persona hæredis repræsentari recte dicitur: hac enim consideratione servus hæreditarius recte stipulatur hæredi futuro, *leg. si exire*. 28. §. *ult. l. servus*, 35. *de stip. serv.* nullamque vim habere dicitur stipulatio servi hæreditarii, nisi adita sit hæreditas, *leg. interdum*, 73. §. 1. *de verb. obl.* item per servum acquiri hæreditati, ac per hoc etiam hæredi postea facto, *infr. de stip. serv. in princ.* At si inspicamus tempus illud, quod servus hæreditarius hæres instituitur, nimirum jacentis hæreditatis, si actum valere volumus, necesse est, dicamus, hæreditatem sustinere personam defuncti: neque enim actus in suspenso esse potest: & incertum est, an is, qui scriptus est, unquam hæres extiturus sit; idque Cajus significat *leg. in eo*, 33. §. *ult. de acq. rer. dom.* cum ait, quoties servus hæreditarius stipulatur, vel per traditionem accipit, actum ex persona defuncti vires sumere. Eademque consideratione Paulus *in leg. servus*, 52. *hoc tit.* servum hæreditarium institui posse ait, si modo testamenti factio cum defuncto fuerit, licet cum hærede instituto non sit. Et igitur hæreditas, qua jacens considerata, defunctum repræsentat: adita, retro videtur repræsentasse personam hæredis.

(2) *Cum etiam ejus, qui in utero est, servus*) Confirmat quod de institutione servi alieni post mortem domini dixerat, exemplo servi, cujus dominus in utero est, sive servi posthumi alieni; nam & hunc servum ait recte hæredem institui. Javolenus contra; hoc ex illo pro-

probat, *l. ejus servum*, 64. *hoc tit.* Hic iterum videtur obstare ratio juris, utique veteris, quo jure posthumus alienus hæres institui non potuit, *infr. de bon pos. in princ.* Hoc enim posito, consequens omnino esse videtur, nec servum hujus posthumi recte hæredem institui, cum, ut jam aliquoties dictum, testamenti factio cum servis ex persona domini introducta sit. Sed animadvertendum est, servum hic dici ejus, qui in utero est, respectu habito ad casum, quo is natus & hæres factus erit; institutionem vero vires capere non ex persona ejus, qui in utero est, sed defuncti, cum quo sufficit, testamenti factionem fuisse, etiamsi cum hærede scripto non sit, *l. servus*, §. 2. *hoc tit.* Ad hæc in universum institutio servi alieni non ita comparata est, ut institutus semper dominum, in cujus potestate est tempore facti testamenti, hæredem faciat; nam alienato eo novus dominus hæres fit; manumissus ipse ad hæreditatem admittitur: quod & tunc obtinet, cum servus ejus, qui capere non potest, institutus est, *l. servus*, 82. *de acq. hær.* atque hinc clarissime patet, verum esse quod diximus *sub* §. *præc.* in his servorum institutionibus etiam servorum, qui instituuntur, personam spectari.

TEXTUS.

De servo plurium.

3. *Servum autem plurium, quibus testamenti factio est, ab extraneo institutus hæres unicuique dominorum, cujus jussu adierit, proportione dominii acquirit hæreditatem.*

NOTÆ.

3. *Ab extraneo*) Ab uno ex dominis institutus acquirit cæteris per *leg.* 63. §. *pro soc. l.* 49. *ad leg. Falg.*

COMMENTARIUS.

De servo communi hæredi instituto ab uno ex dominis egimus in explicatione principii hujus tituli sub fine: hic agitur de servo plurium, qui hæres institutus est ab extraneo. Ait, hunc servum unicuique dominorum, cujus jussu adierit, hæreditatem acquirere, idque non pro parte virili, sed dominica. Jussum domini præcedere debere constat, ac sine eo servum hæreditatem adeundo nihil agere; de quo *sub* §. 3. *supr. per quas pers.* Quid ergo, si unius jussu adierit? Ne sic quidem hunc interim pro majore parte, quam dominica, hæredem faciet: cæterum sociis postea non jubentibus adire, tacito jure partes eis accrescent, *leg. servus*, 67. *de acquir. hæred.* add. *leg. ultim. de vulg. & pupil. leg. si servus*, 50. *de legat.* 1. §. *ult. inf. de stip. serv.*

Cum quibus testamenti factio) Hoc additum, quia, ut jam sæpe diximus, quos ipsos hæredes instituere non possumus, eorum nec servos possumus, *leg. non minus*, 31. *hoc tit.* Excepto, quod servi eorum, qui absolute incapaces sunt, sed κατά τι duntaxat, cujusmodi olim erant fœminæ, orbi, cælibes, vid. *supr. princ.* instituti ab eo, ex cujus testamento domini capere non possunt, & antequam dominorum jussu hæreditatem adeant, alienati novum dominum hæredem faciant, manumissi ipsi ad hæreditatem admittantur, modo nihil in fraudem legis factum sit, *leg. si servus*, 82. *de acq. hær.* sac. *leg. si Titio*, 55. §. 1. *de legat.* 2.

TEXTUS.

De numero hæredum.

4. *Et unum hominem, & plures, usque in infinitum, quot quis hæredes velit, facere licet.*

NOTÆ.

4. *Usque in infinitum*) Εἰς ἄπειρον. Theoph. Sententiæ est, certum numerum hæredum instituendorum nemini præscriptum esse, sed totum hoc arbitrio testantis permitti.

COMMENTARIUS.

Usque in infinitum) Εἰς ἄπειρον. Infinitum autem accipe pro indefinito incertoque hæredum numero, non pro multitudine, quæ extremis careat; quomodo & alibi sæpe hoc verbum usurpatur; *leg. qui restituere*, 68. §. 1. *de rei vind. leg.* 4. §. 2. *de in lit. jur.* Sensus igitur hujus §. est, posse testatorem tot hæredes instituere, quot ei placuerit: nimirum certum numerum hæredum instituendorum nemini lege præscriptum esse, sed totum hoc arbitrio testantis permitti. Inepti autem sunt, qui ex hoc loco colligunt, posse quem instituere omnes homines, qui in mundo sunt. Talis enim institutio exitum reperire non potest, neque est hominis, qui suæ mentis est compos. Vid. Gomez. 1. *variar. resol.* 2. *num.* 2. Plane illud crediderim defendi posse cum D. Viglio, rempublicam institutam videri, si quis simpliciter cives universos instituerit, & valere hujusmodi institutionem, quando permissum est rempublicam aut civitatem hæredem instituere. Non enim idem hic semper jus obtinuit. Legimus, reges aliquot cæteros populum Romanum sibi hæredem instituisse. Idem fecit & Flora meretrix: Plinius vero *lib.* 5. *epist.* 7. *ad Calvisium* scribit, palam esse, nec hæredem institui, nec percipere Rempublicam posse. Ab eo jure postea interdum recessum: confer Ulpian. *tit.* 22. §. 5. & *tit.* 24. §. 26. *leg.* 2. *l. senatus*, 20. *de reb. dub. leg. omnibus*, 26. *ad Senatuscult. Trebell. leg. civitatibus*, 122. *de legat.* 1. *l.* 12. *Cod. hoc tit.* VINN. Poterat respublica institui jure gentium. Et talis hæreditas fuit Attali populo Romano relicta. Talis & Volcatii Moschi, exsulis, relicta Massiliensibus, Tacit. *Annal. l.* 4. *cap.* 43. Pertinuit itaque prohibitio ad mancipia, quæ jure civili tenebantur, non ad civitates αὐτονόμους. Præclara sunt quæ in hanc rem disserit amicissimus olim collega Hic. Hier. Gund. *Diss. de principe hærede cap.* 3. §. 2. *seq.* HEIN.

TEXTUS.

De divisione hæreditatis.

5. *Hæreditas plerumque dividitur in duodecim uncias quæ assis appellatione continentur. Habens autem & hæ partes propria nomina ab uncia usque ad assem, ut puta hæc, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans deunx: Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet: nam tot unciæ assem efficiunt, quot testator voluerit; & si unum tantum quis ex semisse verbi gratia hæredem scripserit, tum as in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus, & ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in*

testando spectatur. Et e contrario potest quis in quantascumque voluerit plurimas uncias suam hæreditatem dividere.

NOTÆ.

5. *In duodecim uncias.*) Hæc solemnis est hæreditatis distributio, *l. 13. 6. §. 1. hoc tit.* quia perfectus est numerus duodenarios. Diod. Sic *elog.* 40. Galen. *d. cui an. pec. not. & med.* πολιόπολις τύμβ.λον. Hermias in *Phæd. Plat.* τῶν ἀριθμῶν μετρικώτατον. Arid. περί μιν, add. Cujac. ad *d. l.* 13. Duar. 2. *disp.* 36. Fabror. *ad Theoph.*

Non semper duodecim uncias) Non est necesse ut semper distributio fiat in 12. uncias: sed potest testator vel in plures vel in pauciores uncias hæreditatem dividere, *d. l.* 13. §. 1. 2. 3. & *ult. leg.* 18. *eod. l.* 13. *Cod. de lib. & post.* Paul. 3. *sent.* 4. Potest & in partes naturales dividi, puta in duas dimidias, tres tertias, &c. *leg.* 2. §. 7. *de collat. l.* 76. *de acq. hær.*

Unum ex semisse) Vel ex una aliqua alia parte hæreditatis. Idemque est, si quis institutus ex re certa, veluti ex fundo; perinde enim habetur, ac si rei mentio facta non esset, *l.* 1. §. 4. *l.* 9. §. 13. *hoc tit. l.* 41. *in fin. de vulg. & pup.* in cohæredem habeat indefinite aut ex parte hæreditatis scriptum, tunc enim legatarii loco est, *l.* 13. *C. hoc tit.*

Ex parte testatus) *Leg.* 7. *de reg. jur.* Ex post facto tamen vi ipsa pro parte quis intestatus fieri potest, rescisso, vid. pro parte testamento, *l.* 15. *in fin. l.* 24. *de inoff. test.*

Nisi sit miles) Miles etiam ab initio pro parte tantum testatus decedere potest, *l. pen.* §. 2. *de castr. pec. l.* 6. *l.* 19. *de test. mil. l. Cod. eod.* quippe qui duorum velut hominum personam sustineat, *l.* 17. §. 1. *eod.* Igitur si miles unum tantum v. gr. ex semisse hæredem scripserit, quantum ad alterum semissem intestatum decessisse intelligitur, & locus fiet legitimis hæredibus, *l.* 19. *l.* 37. *de test. mil.* & ita etiam in specie *l.* 6. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Assis, ejusque partium usus, quam frequens & quibus in rebus fuerit?*
2. *Licere testatori in quot voluerit partes hæreditatem distribuere.*
3. *Quod unus tantum, vel ex certa parte hæreditatis, vel ex certa re institutus, omnium bonorum hæres fiat, magis esse ex subtilitate juris, quam ex defuncti voluntate.*
4. *Quam rationem habeat, quod jus civile non patitur eumdem intestato decedere?*
5. *An testator possit prohibere jus accrescendi?*
6. *In militaribus testamentis regulæ superiori non esse locum.*
7. *Quantum mores hodierni dissideant a jure civili Romanorum?*

SEquitur pars altera hujus tituli, in qua agitur de eo, quod vel unus vel plures hæredes scripti ex ratione juris & voluntate testatoris consequantur; quæ res ut commodius proponi, & perfectius intelligi possit, ante docere voluit, in quot partes hæreditas plerumque dividatur, civili scilicet, & solemni distributione, earumque partium nomina indicare, quo ea in numerato haberent studiosi disciplinæ juris; idque fecit verbis Ulpiani in *l. si servum*, 50. §. *ult. hoc tit.*

In duodecim uncias, quæ assis appellatione) As in re numeraria est minimus æris nummus. Hinc illa, ad assem reddere, ad assem omnia perdere. Cum sermo est de ponderibus, de divisione hæreditatis aut fundi; solidum, id est, totum quid sive integrum significat, constans ex duodecim unciis, est nimirum idem, quod in ponderibus libra aut pondo. Unde illa, ex asse possidere, *l. pen. qui satisp. cog.* in assem vindicare, *l. post emancipationem*, 40. §. 1. *de l.* 3. Hæres ex asse, pro quo etiam libella dixit Cicero *lib.* 7. *ad Attic. ep.* 2. *edit. Victor.* & alia plura ejusdem generis. Scribit Volus. Metianus *lib. de ponderib. in pr.* necessarium cognitu esse assis in suas partes distributionem, non solum propter institutionem plurium hæredum, sed etiam propter innumera alia. (1) Etenim assis ejusque partium & omnino numeri duodenarii frequentissimus apud Romanos usus fuit, non tantum in hæreditatibus, ponderibus aut mensura: verum etiam in divisione corporum, veluti fundi, *leg.* 8. *rei vind. l. minor*, 39. §. 2. *de evict.* item rerum incorporalium, ut obligationum & actionum, §. *si quis una*, 9. *infr. de fideicommiss. hær.* Usuras quoque Romani partibus assis distinguebant, easque partiebantur in uncias, sextantes, quadrantes, trientes, quincunces, semisses, besses, &c. ut videre est *l.* 7. §. *quæ autem*, 10. *in fin. l. Titium*, 47. §. 4. *de admin. tut. l. liberto*, 21. §. 4. *de ann. leg. l.* 3. §. *ultim. ad leg. Falcid. l. creditor*, 102. §. *ultim. de solut. l. eos*, 20. §. 1. *Cod. de usur.* Sed & Astrologi res omnes revocant ad duodecim partes, menses, horas, signa, latitudinem signorum: quod notat Cujac. *ad l.* 13. *hoc tit.* Causam usus hujus numeri, quæ a Jurisperitis tradita non est, Duarenus *l.* 2. *disp.* 36. ex Galeno profert, nimirum quia nullus alius numerus in tot partes tam commode dividatur, καὶ γὰρ ἥμισυ ἔχει, καὶ τρίτον, καὶ τέταρτον, ἕκτον τε καὶ δωδέκατον. Locus Galeni integer refertur a Duareno.

Habent hæ partes propria nomina) Refert jam propria nomina partim assis, contentus initium fecisse ab uncia, cum Ulpiano *d. l.* 50. §. *ult. hoc tit.* licet & ipsa uncia in partes minutiores dividi possit, veluti in duas semuncias, in tres duellas sive binas sextulas, in quatuor sicilicos; in sextulas; in 24. scriptula; de quibus idem Metian. *d. loc.* ubi cum vocabulis simul notas partim proponit. Varro *lib.* 4. *de Ling. latin. sub fin.* nominum rationem reddit, originemque explicat Volus. Metian *de pondecib.* sed melius Salmas. *de mod. usur. pag.* 251. illud sciendum est, hæreditatem etiam dividi in partes naturales, veluti in duas dimidias, *l.* 2. §. *duo*, 7. *de collat.* in tres tertias, in quatuor quartas, §. *videamus*, 8. *infr. eod.* in sex sextas, *l. situ*, 76. *de acq. hær.*

(2) *Quos testator voluerit*) Licet solemnis & usitata assis distributio in duodecim partes sive uncias, uti dictum est, fiat, potest tamen patremfamil. eam distributionem non sequi, atque in tot partes unciasve hæreditatem distribuere, in quot voluerit, sive in plures, sive in pauciores, *l.* 13. §. 1. 2. 3. & *ult. hoc tit.* Proinde si, verbi causa, tres hæredes scripserit singulos ex quincunce, rata est patrisfam. voluntas, ut substantiam suam partiri in quindecim uncias. Et si duos tantum: unum ex triente, alterum ex quadrante, hæredes scripserit. Videbitur in partes septem hæreditatem divisisse, *d. l.* 13. §. *ult. l. Sabinus*, 18. *eod. l.* 13. *in princ. de lib. & posth.* Atque hac eadem ratione defenditur quod rescriptum est in *l.* 3. *Cod. de test. mil.* militem, quia filiam ex unciis duabus, uxorem ex una uncia instituisset, nec de residuis portionibus quicquam significasset, in tres videre voluisse hæreditatem dividere: non autem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere; quamvis id militi concessum sit. Sive autem plures, sive pauciores par-

partes testator fecerit; tacito jure in duodecim semper hæreditas resolvitur, *dict. leg.* 13. §. 1. *hoc t.* VINN. Non absona videtur viri doctissimi A. A. Pagenstecheri conjectura *Aphor. jur. hoc tit.* §. 109. hanc assis distributionem arcessentis a ritu testandi per æs & libram: saltim as videtur datus pro asse hæreditatis. Eo vero cum totus as hæreditatis emeretur, posses inde & rationem reddere antiquis axiomatis: *nemo potest pro parte testatus, pro parte intestatus decere*. HEIN.

Si unus ex semisse, totus as in semisse) Quando unus tantum hæres scriptus est: licet ex certa parte hæreditatis, puta triente, semisse, vel etiam minima, is perinde ac si toto esse institutus esset, omnium bonorum hæreditatem consequitur. (3) Cæterum magis, ut opinor, ex subtilitate juris & propter regulam, qua nemini partim testato, partim intestato decedere permittitur, quæ etiam mox pro ratione subjicitur, quam ex voluntate defuncti, quæ non tam facile ejusmodi interpretationem admittit, ubi unus tantum non dato cohærede ex parte aliqua scriptus est, quam ubi plures ex pluribus. Nam si, verba gratia, tres singuli ex unica scripti sunt, commodissime dicitur, arbitraria distributione testatorum usus, atque in tres partes æquales universam hæreditatem divisisse: quod secus est, si unum tantum institutum proponat in quadrante sive quarta hæreditatis parte. Quamobrem licet illo casu propter libertatem distribuendi & communem voluntatem idem obtineat in testamento militis, quod in testamentis paganorum, *leg.* 3. *Cod. de testam. mil.* hoc tamen casu diversum jus esse propter regulam, quæ non militum, sed paganorum potestatem coercet, & uno tantum hærede in certa assis parte instituto a pagano, hanc partem reliquas ad se trahere, si a milite, residuum hæredes ab intestato laturos, recte judicavit Dom. Viglius: quod in Græcis Institutionibus disserte expressum est, & tantum non etiam in *leg. quærebatur*, 19. *de testam. milit.* Quod si quis solus institutus fuerit, non ex parte aliqua hæreditatis, sed ex re certa, puta ex fundo: perinde quasi simpliciter ac sine ulla rei mentione scriptus esset, & hic bonorum omnium hæreditatem obtinebit, *leg. Cohæredi*, 41. *in fin. de vulg. & pup.* Nam cum harum rerum quædam inter se pugna sit; successionis universi juris, cujusmodi est hæreditas, & acquisitionis rei singularis, potestate juris detrahitur rei mentio, & hæredi sic, quasi universaliter institutus esset, succurritur, *leg.* 1. §. 4. *l.* 9. *si duo*, 43. *hoc. tit.* Sed & hoc secus se habet in testamento militis: quoniam, & ipsum est ex subtilitate juris, atque ex vi superioris regulæ, quæ ad militaria testamenta non pertinent. *l.* 6. *de test. mil.*

(4) *Ex parte testatus, ex parte intestatus*] Jus nostrum non patitur, inquit Pomponius, eumdem in paganis testato & intestato decessisse, *leg.* 7. *de reg. jur.* quasi hæc duo, testatus & intestatus, inter se naturaliter pugnent, tamquam ajentia & negantia, & ideo eidem inesse, aut de eodem subjecto vere pronunciari non possint, ex regula Logicorum de oppositione. Et quidem sine manifesta & naturali rerum pugna dici non potest, unum atque eumdem in totum aut secundum eamdem partem & testatum & intestatum decessisse; at nihil prohibet lex oppositionis quominus dicamus, eumdem testatum & intestatum decessisse, non secundum idem, sed secundum partes diversas. Verum ut hic quoque pugna sit, efficit subtilitas juris civilis, per quam hæres fingitur repræsentare & sustinere personam defuncti: quæ repræsentatio, ut est totius personæ, ita & totalis, atque ut est unius, ita & uniformis esse debet: hoc est, ut defunctus pro parte repræsentari non debet, ita nec debet per hæredes diversi generis partim ex testamento, partim ab intestato: sed quisquis hæres est, debet in totum subire locum & vicem demortui, eumque repræsentare uno ac simplici successionis genere, vel in totum ex testamento, vel in totum ab intestato. Et hoc est, quod scribit M. Tullius *lib.* 2. *de invent. cap.* 21. *unius pecuniæ plures dissimilibus de causis hæredes esse non posse; nec umquam factum esse, ut ejusdem pecuniæ alius testamento, alius lege hæres esset*. Cujus rei hanc rationem affert Gomez. 1. *resol.* 3. *num.* 1. & 10. *num* 27. quod absurdum sit, per qualitatem contrarias, quæ in uno & eodem homine natura esse non possunt, unum & eumdem per fictionem, quæ naturam imitatur, §. *minorem*, 4. *supr. de adopt. leg.* 5. *de acceptil.* repræsentari. Vid. & Dom. Hotomannus *hic*. Ego autem arbitror, naturaliter in *d. l.* 7. *de reg. jur.* positum esse, pro eo quod recepti passim moris erat, ut alibi interdum *leg.* 16. §. 4. *de minor. leg.* 22. §. *ult. locat.* Et sic quoque capiendum Ulpiani illud, *lex naturæ hæc est, ut, qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur*. Id est, lex consuetudinis generali deducta ab aliqua ratione naturali, *l.* 24. *de statu homin.* Nam regula ista e solis Romanorum moribus pendet, neque apud alios populos locum habet, ac ne apud ipsos quidem Romanos in testamentis militum. Ex hac porro regula descendit, quamquam non tamquam ex causa proxima aut adæquata, Jus accrescendi inter plures hæredes testamentarios, videlicet ut uno deficiente, pars ejus accrescat cæteris, qui hæredes extiterunt; *l. unic. Cod.* §. *his ita*, 10. *de cad toll. leg. liber homo*, 49. §. 3. *h. tit.* Plane illud fieri potest, ut qui ab initio in totum testatus decessit, cujusque hæreditas semel ex testamento adita fuit, ex accidenti & post facto pro parte intestatus vi ipsa efficiatur, hæredique scripto portio emolumenti auferatur, rescisso pro parte testamento per querelam inofficiosi, *l.* 15. *in fin. l. circa*, 24. *l. seq.* §. 1. *de inoffic. testam.* Cæterum hoc regulam non subvertit: quippe cui satisfactum est, si ejus, qui testamento jure ab initio facto decessit, hæreditas ex testamento adita fuerit, ad ea, quæ postea fiunt, non pertinet, *per l. penult.* . 2. §. 2. *castrens. pecul.* Et igitur si quis solus ex certa parte institutus, is nihilominus in integrum assem potestate juris vocatur. (5) Sed quid si testator adscripserit nolle se, ut hæres scriptus reliquas partes ferat, & jus accrescendi expresse prohibuerit? E quidem quemadmodum nemo sine observatione legum testamentum condere potest, *l.* 4. *qui testam. fac. l. penul.* §. 2. *de castrens. pecul.* ita nemo quoque in suo testamento cavere potest, ne leges in eo locum habeant, *l. nemo*, 55. *de l.* 1. ut illud omnino manifestum sit, testatorem nulla cautione efficere posse, ut contra regulam juris civilis dissimiliter ei succedatur, & ex testamento & simul ab intestato. Alterutrum ergo dicamus necesse est, vel cum Bart. *in leg.* 9. §. *si duo*, 23. *hoc tit. in l. si quis*, 20. *ad Senatusc. Trebell.* totum testamentum ob eam prohibitionem collabi: utique tamen hæredes ab intestato teneri quasi ex fideicommisso partem testamento expressam restituere hæredi scripto. Vide Gomez. 1. *resol.* 10. *num.* 10. & *seq.* vel, rato manente testamento, prohibitionem insuper habendam, residuasque partes, quantumvis vetante testatore, accrescere hæredi in-

instituto: Quæ sententia ratione juris magis consentanea est, ut ex iis, quæ jam dicta sunt, perspicue patet, & numero etiam suffragiorum vincit, testibus Vigl. *hic*, Clarus §. *testamentum*, *quæst.* 74. Christin. *volum.* 4. *decis.* 11. *n.* 6. Non obstat huic sententiæ, quod Ulpianus *in l.* 9. §. *si duo*, 13. *hoc tit.* scribit, & Vasquis *l.* 1. *de succ. creat.* §. 3. *n.* 6. objicit, institutos ex certis rebus, quasi simpliciter instituti sint, hæreditate potiri, nisi voluntas patris familias manifestissime refragetur: quippe qua clausula non hoc Jurisconsultus significat, si testator prohibuerit reliquam hæreditatem accrescere institutis, ob id aut vitiari institutionem, aut patres eas relinquendas legitimis successoribus: sed quod scripti ex inæqualibus partibus certæ rei, qui alioqui ex ratione juris ex æquis partibus hæredes forent, perinde ac si nec res, nec partes nominatæ essent; *d. l.* §§. *si duo*, 13. & *leg. seq.* in manifesta testatoris voluntate hæredes ex inæqualibus partibus fiant, atque ex iis proportionaliter, quas in rebus certis expressit, veluti in specie ab Ulpiano proposita, unus ex triente, alter ex besse, quæ partes nominantur in fundo: atque inducetur hæc inæqualitas non tam ipso jure, quam officio arbitri familiæ erciscundæ, *leg. ex facto*, 35. *in princ. eod.* Est tamen & media sententia, quam proponit & tuetur Salicetus in *l.* 13. *Cod. de hæred. instit.* & a qua non adhorret doctissimus Bachovius, nimirum prohibitionem supra dictam non efficere quidem, quominus hæres scriptus ipso jure ex asse hæres fiat: cæterum hanc ejus vim esse, ut hæres ille partes reliquas quas accrescere testator noluit, tamquam ex fideicommisso teneatur restituere iis, qui ab intestato ad hæreditatem ejus venissent, ducto argumento a simili, quale proponitur *l.* 7. *l.* 17. *l. si quis*, 29. *ad SC. Trebell.* & §. 3. *infr. quib. mod. test. inf.* Et hæc sententia mihi quoque non adeo displicet; quoniam favet voluntati morientium, salva ratione juris: eoque accommodari potest clausula *in d. l.* 9. §. *si duo*, 13. de qua paulo ante. Mediam sententiam excogitavit & Viglius noster; sed ille dum servare cupit voluntatem testatoris, manifeste facit adversus rationem juris, comminiscendo tacitam legitimorum hæredum in partibus, quas testator scriptum hæredem habere noluit, institutionem: qualis institutio jure nostro penitus incognita est: quod cum nec ipse dissimulare audeat, mihi argumento est, eum quoque omnino & sine cunctatione in Saliceti opinione transiturum fuisse, si quis modo ea proposuisset.

Nisi sit miles, cujus sola voluntas) Quæcumque subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, ea in militaribus testamentis eorumve interpretatione locum non habere ostendimus supra *tit. de mil. test.* Inter hæc autem est & regula proposita, quæ prohibet, eumdem ex parte testato & intestato decedere: & ideo de paganis tantum eam concepit Pompon. *l.* 7. *de reg. jur.* (6) Igitur si miles verbi causa, unum ex fundo hæredem scripserit, non detrahitur potestate legis mentio fundi, sed quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse intelligitur, & locus fit legitimis hæredibus, *l.* 6. *de test. mil. l.* 2. *Cod. eod.* Quod & tunc obtinere credimus, quando unum hæredem scripsit ex parte aliqua hæreditatis, *per l. quærebatur*, 19. *de tit.* Sed etsi plures hæredes instituerit & unus omiserit hæreditatem, pars omissa ad alios non redibit, sed deferetur hæredibus ab intestato, nisi contra ostendatur militis voluntas, *l. si duobus*, 37. *eod.* Et quod juris est in portione bonorum, hoc idem obtinet & in temporis spatio, ut usque ad certum tempus vel ex certo tempore heredem miles instituere possit, ut quo tempore hæres scriptus non est, intestati hæreditas deferatur, *l.* 15. §. 4. *l. miles ita*, 41. *in princ. eod.* Vid. Duaren. *de tit. de testam. mil. cap.* 4. Sichard. *ad leg.* 1. 2. & 3. *Cod. eod.* In Belgio generali consuetudine passim receptum est, ut unicuique liceat partim testato, partim intestato decedere contra dispositionem juris Romani. D. Grot. 2. 2. *man. cap.* 18. Gudelin. 2. *de jur. noviss. cap.* 5. Christin. *vol.* 1. *decis.* 51. *num.* 40. & *seqq.* & *decis.* 312. & *vol.* 4. *dec.* 10. *n.* 3. Zipæus *not. jur. Belg. de testam. princ.* (7) Undequæsitum est, an per hoc censeri debeat abolitum quoque esse jus accrescendi? Et quidem ubi unus tantum re certa vel parte aliqua hæreditatis institutus est, non magis hic moribus nostris residuum accrescet hæredi scripto, quam jure civili Romanorum in eadem specie ex testamento militis: sed ad hæredes ab intestato pertinebit, *arg. l.* 6. *l. quærebatur*, 19. *de test. mil. l.* 2. *C. eod.* idque etiam fatentur Christin. *decis.* 312. & Gudelin. *d. loc.* quoniam, ajunt, in hujusmodi casibus jus accrescendi non conjunctione aut voluntate testatoris, sed ex legis potestate proficiscitur. Idemque haud dubie censuerunt, si plures quidem scripti sint, sed ex partibus inæqualibus; idque propter inæqualitatem partium, quæ etiam jure Romano accretionem impedit inter collegatarios. De quo sub §. *si eadem*, 8. *insth. de legat.* Ego idem dixerim, etsi singulis singulæ partes æquales datæ, & pars aliqua vacet, veluti si tres scripti singuli ex quarta bonorum parte; videlicet partem vacantem hic non accrescere scriptis, sed jure intestati ad legitimos hæredes pertinere. Sed & si, verbi gratia, plures simpliciter instituti sunt, aut in eadem parte hæreditati vocari, & unus defecerit, adhuc dicendum videtur, non aliter partem deficientis jure consuetudinario cæteris accrescere debere, quam si ex verisimilibus saltem conjecturis appareat, eam fuisse voluntatem defuncti; cujus rei probatio cohæredibus incumbat, ne contra voluntatem defuncti pro parte omissa intestati, aut exitum intestati passi, plus ad eos redeat, quam ei datum est. Hanc enim interpretationem in eadem specie veteres secuti sunt in testatore milite, *l. si duobus*, 37. *de test. milit.* cui non obstat *lex.* 1. *C. eod.* quia ibi ex parte hæres institutus proponitur, qui & ipsi militi ab intestato successurus erat; nimirum frater militis, & ideo nisi alii hæredes ab intestato probent, militem noluisse ea bona, de quibus quæritur, ad fratrem institutum pervenire, portio deficiens hac ipsa ratione ad fratrem pertinebit: quia pro ea parte miles intestatus decessit. Cæterum contraria sententia prævaluit hac ratione, quasi jus accrescendi in proposito non descendat ex potestate juris, sed ex voluntate testatoris, quæ ex sola conjunctione æstimetur, D. Grot. 2. *manuduct. cap.* 23. Gudelin. *d. c.* 5. Christin. *d. decis.* 51. *num.* 48. ac plerisque persuasum fuit, etiam olim in testamentis militum, quamvis hi pro parte testati & pro parte intestati decedere poterant, id obtinuisse, nisi hæredes legitimi de contraria voluntate testantis docuissent, *arg. l.* 1. *Cod. de test. mil.* in dubio enim hanc præsumptionem fuisse; quod miles uti voluerit jure communi. Qui perspicuus error est: nec veterum hanc sententiam fuisse apparet ex *d. l.* 37. Nam posito, quod jus accrescendi ideo militis testamento cessat, quia militi concessum, ut possit pro parte testato & pro parte intestato decedere; etiam jure communi id permissum esse, idem est dicendum. Vid. Ant. Fab. *decis.* 72. *err.* 5. & 6. Don. *in d. l.* 2. *Cod. de test. mil.* Duar.

dict. cap. 4. Vasquez. *lib.* 2. *de succ. progr.* §. 15. *num.* 110. *& lib.* 3. *de succ. creat* §. 24. *num.* 51. *& multis seqq.*

TEXTUS.

De portionibus singulorum hæredum. Si testator assem non diviserit, aut partes in quorumdam persona non ultra assem expresserit.

6. *Si plures instituantur hæredes, ita demum in hoc casu partium distributio necessaria est, si nolit testator, eos ex æquis partibus hæredes esse. Satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos hæredes esse. Partibus autem in quorumdam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, siquidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte hæres fit. Et si plures sine parte scripti, omnes in eamdem partem concurrunt. Si vero totus as completus sit, ii, qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur, & ille, vel illi omnes, in alteram dimidiam. Nec interest, primus, an medius, an novissimus sine parte hæres scriptus sit: ea enim pars data intelligitur, quæ vacat.*

NOTÆ.

6. *Nullis partibus nominatis, ex æquis*) *L.* 9. §. 23. *hoc tit.* fac. *l.* 19. §. *ult. de leg.* 1. Illud tamen tenendum, conjunctos unius tantum personæ potestate fungi v. g. si testator ita dixerit, *Titius hæres esto, Sejus & Mevius hæredes sunto.* Aut si, *Titius & fratris mei filii hæredes sunto.* Hic conjuncti unum semissem, Titius alterum habebit, *l.* 15. *princ. l.* 59. §. 2. *hoc tit. l.* 34. *de leg.* 1. *l. un.* §. 10. *C. de cad. toll.* nisi celeritatis gratia conjunctio facta doceatur, *leg.* 66. *hoc tit.*

Si vero totus as completus) *Leg.* 17. *princ.* §. 3. & 4. *eod.* Breviter, qui sine parte scriptus est, vacantem vel alium occupat, *l. ult. sec. tab.*

In dimidiam partem) Id est, in semissem reducta ratione ad solemnem assis distributionem: alius alterum assem; eadem enim proportio est.

COMMENTARIUS.

1. *Inter institutos sine partibus pariter hæreditatem dividi, etiamsi testamento non facto inæqualiter fuissent successur.*
2. *Quantum, expleto dupondio, qui sine parte scriptus est, habere debeat.*
3. *Perperam Hotomannum* in l. 17. ult. hoc. titul. *pro triente substituere tressem.*
4. *Quo in re error Hotomanni maxime conspicuus.*

INtelleximus, quid juris sit, si unus tantum hæres scriptus proponatur: nimirum eum & solum hæredem fore, atque ex toto asse, non tantum si simpliciter aut sine parte scriptus sit, verum etiam si ex parte duntaxat hæreditatis, atque adeo, si ex certa aliqua re. Pergit nunc hoc §. 1. & 2. *seqq.* docere Imperator, quid fiat pluribus hæredibus institutis, quasque in portiones singuli vocati intelligantur. Distinguendi autem, ut ex progressu apparet, tres articuli. Primus est, si plures instituti sint sine definitione partium: alter, si quidam ex certis partibus hæreditatis instituti, si quidam indefinite seu sine partibus: tertius si omnes partibus expressis.

Nullis Partibus nominatis ex æquis partibus.) Hic primus articulus, est qui omni caret scrupulo propter evidentiam voluntatis testatoris, qui, si institutos voluisset impariter succedere, partes utique expressisset, *l.* 9. §. *hæredes*, 12. *hoc tit.* qua de causa idem quoque servatur in re pluribus non expressis partibus legata *l.* 19. §. *ultim. de leg.* 1. (1) Quin etiam eamdem voluntatis interpretationem, æqualemque partitionem sequimur, etsi qui sine partibus instituti sunt, de facto testamento in stirpes aut portionibus, inæqualibus, ab intestato fuissent successuri: quia testamento facto, jam non jure proximitatis aut repræsentationis veniunt, sed titulo & jure institutionis ex judicio & voluntate defuncti, qui legitimæ successioni per testamentum suum derogare voluisse credendus est, nisi conjecturis contrarium elici possit. Ita post alios Wesemb. *hic & in parat. eod. n.* 6. Mantic. *de conject. ultim. volunt. lib.* 4. *tit.* 11. *n.* 11. Illud in universum tenendum, si conjuncti & disjuncti commixti sint; conjunctos unius personæ potestate fungi, *l. plane*, 34. *de leg.* 1. *l. unic.* §. *his ita*, 10. *vers. fin. vero Cod. de cad. toll.* veluti in hac institutione: *Titius hæres esto: Sejus & Mævius hæredes sunto*; semissem Titius & tantum solus feret, quantum duo conjuncti Sejus & Mævius, *l. liber. homo*, 59. §. 2. *hoc tit.* Conjuncti etiam & vel maxime sunt, qui nomine collectivo instituuntur, *l.* 13. *in princ. eod. leg. ultim. in fin. Cod. de impub. & al. subst.* de cujus conjunctionis potestate Mantic. *dict. loc. num.* 12. & 2. *sequent.* Vasquez. *lib.* 3. *de succes. progress.* §. 21. *num.* 33.

Partibus in quorumdam personis expressis.) Hic articulus secundus est, & complectitur tres casus: nam partes adscriptæ aut non exæquant assem, aut exæquant, aut superant: duo priores hic tractantur; tertius §. 8. Primum quod attinet, ait, si partibus in quorumdam personis expressis adhuc aliquid assi deerit, id quod superest, cum vel eos, quibus pars apposita non est, habituros, verbi causa, si duo scripti sint ex quadrantibus, tertium si ne parte scriptum, quod ex asse reliquum est, & nimirum semissem, ablaturum. Hoc & Ulpian. *l. item quod*, 17. *in pr. eod.* atqui omni dubio hic item casus caret. Secundus est, si partes nominatæ assem exæquent sive expleant: de quo sic breviter hic Imperator: *Si totus as completus sit, ii qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur, & illæ vel illi omnes in alteram dimidiam.* Nimirum cum asse expleto alius sine parte hæres scriptus est, hic, quia ad nullam residuam assis partem restringi potest indefinite scripti institutio, verisimile est, testatorem ad novum assem sive ad dupondium transire voluisse, atque in uncias 24. hæreditatem distribuere. Et consequenter ergo qui sine parte scriptus est, in alium illum assem veniet, aut si plures, omnes in eumdem, *d. l.* 17. §. 3. & 4. vel si dupondius ad assem revocetur, quo respexit Justinianus, venient indefinite scripti in semissem, eadem enim utrobique proportio est. (2) Similiter si quis dupondium distribuerit, & tertium sine parte hæredem scripserit, ad tripondium transitum fecisse intelligitur; & ideo qui sine parte institutus est, in tertium assem veniet, sive re ad unum assem revocata in trientem, §. 8. *inf. eod.* eaque mens est Jurisconsulti *in d. l.* 17. §. *ult.* cum ait, distributo dupondio sine parte scriptum non in alium assem, sed in trientem venire, non in alium assem oppositum dupondio ad assem prius revocato, sive qui distributione testatoris ad solemnem unius assis rationem redacta efficiat semissem totius hæreditatis, ut ille solus tantum

Cæ-

capiat, quantum alii omnes uti fit, cum quis sine parte scribitur expleto asse, de qua specie tractaverat §. 3. & 4. sed in eam partem duntaxat, qua ratione ad unum assem revocata, efficiat illius assis trientem, atque in distributione testatoris sive in tripondio uni assi sive 12. tantum unciis ἀναλόγως respondeat. (3) Non est igitur ferenda Francisci Hotomanni confidentia, qui locum istum Jurisconsulti mendosum esse contendens pro *trientem* reponi vult *tressem*, vel *tripondium*; quasi Jurisconsultus ita scripsisset: *Qui dupondio distributo sine parte institutus est, non in alium assem, sed in tressem venit.* Quæ oratio manifeste, aut in totum falsa est, aut implicat contradictionem. Falsa, si tressem accipimus pro tribus assibus conjunctim sive pro unciis 36. in quas tota hæreditas divisa proponitur: sic enim foret, ut totum ferret solus, qui sine parte scriptus est. Contradictionem habet, si eadem vox accipiatur discretim pro asse tertio aut uno ex tribus. Nam huic enunciationi: *Qui dupondio distributo sine parte scribitur, non venit in alium assem* aperte contraria est illa: *Qui dupondio distributo sine parte scribitur, venit in tressem*, si hoc est in tressem venire, in novum, in alium, in tertium assem venire. Quid est vero, quod Hotomannum impulit, ut textum hoc modo mutaret? Nimirum ut juvaret abnormem quamdam sententiam, cujus junior adhuc auctor fuit, & quam refricuit jam senior, summaque ope defendere conatus est, *l. 8. observ. cap. 2.* Putavit Hotomannus, quemadmodum asse completo, is, qui sine parte nominatus est, in alterum assem venit, neque ad unum assem revocata aufert semissem, simili modo, impleto dupondio, eum, qui sine parte scriptus est, tripondio ad assem revocato semissem ferre debere: nec rationem pati, ut hic tantum trientem, ille semissem ferat. Igitur Hotomannus cum huic opinioni suæ videret obstare dictum locum Ulpiani scriptum manifestissime in contrarium, lectionem loci ex cerebro suo mutavit, ut pro *in trientem venit*, substitueris *in tressem venit*. Quæ verba, si Hotomanno credimus, significabant, aufert proportione sua indefinita ex tresse 18. uncias. Sed nihil est, quod cum ratione aut proportione magis pugnet, quam hæc Hotomanni opinio: nec illum proficit mutata lectio: quippe cum in tressem venire duobus tantum modis quis dici possit, & iis, quos paulo ante indicavi; miror, virum alias acutissimum non potuisse videre harum rerum minime obscuram dissimilitudinem. Quo plures in partes res quæque discerpitur, eo minus singuli ex toto ferant necesse est. Accidit hoc item in distributione hæreditatis: ac proinde si hæreditas distributa fuerit in uncias sive partes 36. ut in quæstione proposita, cum exhausto dupondio aliquis sine parte hæres scribitur, non potest, nec debet is, cui pars adscripta non est, tantum ex tota, hoc est, ex hæreditate consequi, quantum is, qui asse solum exhausto similiter sine parte scriptus est, ubi hæreditas divisa est solummodo in uncias 24. Quid enim tam manifestum est, quam minores esse uncias in tripondio, quam in dupondio, atque in hoc iterum minores, quam in asse, omninoque ratione ad assem solemnem reducta, unam unciam proportione respondere duabus in dupondio, tribus in tripondio sive tresse? Sumamus exempla facillima, & prope puerilia cum Hotomanno: *Primus ex duodecim unciis hæres esto. Secundus hæres esto.* Hic secundus sine parte institutus habebit duodecim uncias: *Primus ex duodecim unciis. Secundus item ex duodecim unciis hæredes sunto. Tertius quoque hæres esto.* Hic tertius itidem habebit duodecim uncias, sed quæ in asse juris non tantum efficiant, quantum casu prioris: illic enim singulæ semunciam, hic binas solum sextulas sive tertiam unciæ partem valent. (4) Error Hotomanni in reductione & detractionibus faciendis maxime conspicuus est. Is in proposita specie Tertio sine parte scripto initio nihil: Primo & Secundo singulis partis suæ dimidiam detrahit, id est, uncias sex de duodecim, quot singulis adscriptæ, ut efficiat dupondium: in quo cum Tertius duodecim, Primus & Secundus singuli sex tantum uncias habere reperiantur, ita dupondium deinde ad assem revocat, ut Primo iterum & Secundo singulis partis suæ, quam in dupondio iis reliquerat, dimidia, id est, ternæ unciæ detrahantur, Tertio senæ, ut unum hic semissem solus; alterum illi duo conjunctim consequantur. Quod minime ferendum est. Nam cur Tertius interpretatione juris non minus in certam partem vocetur, quam duo illi, in quorum persona partes expressæ sunt, & vocetur in partem partibus expressis æqualem, æqualem quoque detractionem cum cæteris pati debet; ideoque in proposito si tres asses distributos ad unum redigere volumus, binæ reductiones, totidemque gradatim & pares in singularem portionibus detractationes fiant. Prima fit tripondii ad dupondium, in qua singulis detrahenda pars tertia, id est, unciæ quatuor, altera dupondii ad assem, in qua singulis, ut as relinquatur, detrahenda est dimidia. Denique eadem ἀναλόγως ratio est, cum dupondio superato, aliquis sine parte scribitur, & cum dupondio non superato, sed expleto tantum; itaque ut illic in id, quod tertio assi deest, sine parte scriptus vocatur, *l. Sab. 19. eodem*, ita hic integrum quidem assem tertium, at nihil amplius capere debet: add. Ant. Fab. *5. conj. 10.* Bach. *in Treutl. vol. 2. disp. 11. thes. 4.*

TEXTUS.

Si pars vacet, aut exsuperet.

7. *Videamus, si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit hæres institutus, quid juris sit: veluti si tres ex quartis partibus hæredes scripti sunt. Et constat, vacantem partem singulis tacite pro hæreditaria parte accedere, & perinde haberi, ac si ex tertiis partibus hæredes scripti essent. Et ex diverso, si plures hæredes scripti in portionibus sint, tacite singulis decrescere; ut si verbi gratia quatuor ex tertiis partibus hæredes scripti sint, perinde habeatur, ac si unusquisque ex quarta parte hæres scriptus fuisset.*

NOTÆ.

7. *Ex quartis partibus*) Id est, singuli ex quadrante, seu tribus unciis. Et ita quoque quod mox sequitur, *ex tertiis partibus*, id est, ex trientibus sive unciis quatuor.

COMMENTARIUS.

1. *Explicatur constitutio Justiniani* in leg. 13. Cod. de legat.

HIC locus pertinet ad articulum tertium, cum hæredes omnes instituti sunt ex certis partibus. In hoc articulo testator solemnem assis distributionem secutus, non pauciores, neque plures partes sive uncias fecerit, quam

quam duodecim: nihil est, de quo dubitari possit. Tantum si pauciores vel plures fecerit, & juxta rationem juris ad duodecim distributionem revocare volumus, quæri potest, quantum cuique adjici vel detrahi oporteat? Placuit autem, adjectionem vel detractionem non æqualiter & in partes viriles fieri, sed pro rata ejus partis, quæ cuique adscripta est, *l.* 13. §. 2. & *seq. hoc tit.*

Si tres ex quartis partibus, &c.) Hoc est, si tres instituti sint, singuli ex quadrante sive ex tribus unciis. Ait, *vacantem partem*. Id est, quadrantem reliquum, sive tres uncias, quæ assi desunt. *Pro hæreditaria parte*. Hoc clarius apparet, cum adscriptæ sunt partes inæquales; veluti si testator ita dixerit: *Titius ex quadrante, Mævius ex semisse hæredes sunto*. Hic enim ex tribus unciis, quæ assi explendo sunt, una Titio, duæ accrescunt Mævio *d. l.* 13. §. 3. perinde ac si ille ex triente, hic ex besse scriptus esset. Accrescunt autem partes residuæ singulis necessario & eadem ratione, qua uni hærede ex parte scripto reliqua hæreditas accrescit: quia scilicet juris ratio non patitur, ut eidem partim ex testamento, partim ab intestato succedatur.

Si quatuor ex tertiis partibus, &c.) Hoc est, si quatuor instituti sint, singuli ex triente sive ex unciis quatuor. *Tacite singulis decrescere*. Pro parte item hæreditaria, ut quadrantem singuli in asse ferant. Et igitur si duo scripti sint. Primus ex 12. Secundus ex 6. unciis. Primus ex sententia veterum habebit hæreditatis bessem. Secundus trientem, *d. l.* 13. §. *sed si* 4. *hoc tit.* Et ἀναλόγως, si Primus ex 12. Secundus ex 8. aut 9. scripti sint, portio Primi major erit sesquplo vel epitrito, quam Secundi: a qua tamen Veterum sententia videtur recessisse Justinianus, *l. cum quæstio* 23. *Cod. de legat.* nisi dicamus cum Donell. *lib.* 6. *comment. cap.* 12. interesse, utrum asse sive duodecim unciis Primo relictis, mox semis aut sex unciæ Secundo relinquantur simpliciter, an sex unciæ aut dimidia nominatim ejusdem rei aut totius quod relictum est. Et hoc posteriore casu locum duntaxat esse constitutioni Justiniani, qui & initio speciem ita proponit; priore non item. In quo Donello assentior: nam prior casus, de quo nulla inter veteres dissensio, Justiniani decisione non indigebat. Illud addo, posse & aliam rationem in re proposita iniri, ut progressus fiat ad dupondium, & singulis pro portione hæreditaria accrescat, quod dupondio deest. Sed & tot partes, quot a testatore factæ sunt, in divisione servari possunt, ut singuli suas ferant, *l.* 15. §. *ult. l. si ita* 47. §. 1. *leg. ex unciis* 87. *hoc t.* VINN. Constitutio Justiniani binas tractat species: Priore ponitur, Titium fundum Cornelianum uni legasse in solidum, deinde alteri partem ejusdem dimidiam. Hinc Sabiniani sequendam putabant proportionem geometricam, *l.* 80. *ff. de leg.* 1. *l.* 13. *ff. de lib. & post. l.* 47. *ff. de hæred. instituend.* Proculiani autem præferebant proportionem arithmeticam. Hinc illi priori legatario bessem; alteri trientem; hi utrique partes æquales adjudicabant. Quorum sententiam probat Justinianus. Posterior species ponit, Titium fundum Cornelianum bis legasse uni, deinde semel alteri, vel eumdem fundum primum Mævio separatim; deinde Mævio & Sempronio conjunctim legasse; hic denuo quidam priori bessem, posteriori trientem; alii utrique partes æquales adjudicabant, ob easdem rationes. Horum sententiam Justinianus confirmat. Merill. *in d. l. Decis. cap.* 29. *pag.* 371. Nullo modo ergo hæc constitutio adversatur doctrinæ hujus §. in quo non de legato, sed de asse hæreditario quæstio est. HEIN.

TEXTUS.

Si plures unciæ, quam duodecim, distributæ sunt.

8. *Et si plures unciæ, quam duodecim distributæ sint, is, qui sine parte institutus est, quod dupondio deest, habebit. Idemque erit, si dupondius expletus sit. Quia omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum.*

COMMENTARIUS.

1. *Casus aliquot hic omissi recensentur.*

Rectius hic §. subjectus foret §. 5. propter convenientiam propositorum in utroque casuum, qui ad eumdem articulum, atque ex tribus, in quos præsens disputatio divisa est, ad secundum pertinent, nempe cum quidam definite, quidam indefinite scripti sunt, ut in explicatione nostra illic videre licet.

Quod dupondio deest) Eadem ratio est in secundo asse, quæ in primo: & ideo quemadmodum asse non expleto, is, qui sine parte scriptus est, vocatur in id, quod deest assi, ita si testator superato asse, dupondio tamen non expleto, sine parte hæredem scripserit, is quod ex dupondio deest, habebit, ad quem testator assem excedens transire intelligitur, *l.* 18. *hoc t.* Quamobrem si ita scripserit: *Primus ex unciis* VIII. *Secundus item ex* VIII. *hæredes sunto: Tertius hæres esto*. Hic Tertius item octo uncias, quot dupondio desunt, feret. Eadem ratione, si ita scripserit: *Primus ex sex: secundus ex octo hæredes sunto. Tertius hæres esto*. Tertius decem quæ supersunt in dupondio habebit, *l. ex unciis* 87. *h. tit.* Quod si partes, uti fit, ad unum assem revocamus, in priori specie, singuli trientem, in posteriore Primus quadrantem, Secundus trientem, Tertius sine parte scriptus quincuncem feret.

Idemque erit, si dupondius expletus sit) Expletus videtur dixisse pro *superatus*: neque enim hic de expleto asse aut dupondio quæritur, sed de superato: qui casus ab illo diversus est: quamquam utriusque eadem ratio, *l.* 17. §. *ult. eodem*, & tam is, qui, asse, aut dupondio expleto, alium sine parte hæredem facit, ad dupondium vel tripondium creditur transiisse, quam is, qui id fecit asse aut dupondio jam superato; ut quemadmodum hic sine parte scriptus in id, quod dupondio aut tripondio deest, vocatus intelligitur, ita illic in novum, hoc est, secundum aut tertium assem. Sunt & alii casus, qui ad institutam disputationem pertinent, a Triboniano omissi, & fortassis de industria: veluti 1. si quis solus institutus sit, non simpliciter aut ea parte hæreditatis, sed ex re certa, puta ex fundo: quam institutionem valere placet, quasi mentio fundi facta non esset, & institutum bonorum omnium hæreditatem consequi, *l.* 1. §. 4. *hoc t. l. cohæredi* 41. *in fin. de vulg. & pupill.* de quo dixi §. 5. *sup. eodem*. 2. Si plures instituti omnes item ex re certa: atque hoc casu similiter mentio rei & partium quoque nominatarum potestate legis detrahitur, etiam tunc cum ex partibus rei inæqualibus instituti sunt, nisi aliud suadeat manifesta voluntas testatoris: tunc enim partium expressio valebit ad rerum divisionem, ut officio judicis familiæ erciscundæ pro rata portionis, quam cuique in rebus assignavit testator, hæreditas singulis adjudicetur, *l.* 9. *Cod. si duo* 13. *l.* 10. *junct. l. ex facto* 35. *in princ. eodem*. 3. Si plu-

plures instituit, eorumque quidam ex re certa, quidam simpliciter aut ex parte hæreditates. Hoc casu placuit, solos hæredes fieri, qui simpliciter aut ex quota, uti loquuntur, scripti, ex re singulari scriptos legatariorum loco esse, *l.* 13. *Cod. eodem*. Cur vero tam varie? Nimirum ideo, quia ubi soli sunt instituti ex re certa, hic si testamentum subsistere volumus, atque ex eo, quod utique testator voluit, deferri hæreditatem, necessario detrahenda est rei mentio, cum hæc simul stare non possint, hæredem esse, hoc est, universi juris successorem, & rem tantum obtinere singularem. At vero cum concurrunt cum his alii recte hæredes scripti vel indefinite, vel ex certa parte hæreditatis, nulla necessitas cogit, ut mentionem rei, ex qua unus aut plures scripti sunt, detrahamus, cum rem illam habere possint tamquam ex legato, idque salva ratione juris & defuncti voluntate, quæ per cohæredes simpliciter vel ex parte scriptos sustinetur. Plane si hæredes universitatis defecerint, quod adire hæreditatem noluerint, aut ante mortui sint; tunc ex communi opinione Doctorum in *d. l.* 13. idem per omnia erit, ac si instituti ex re singulari ab initio soli fuissent: quamvis nonnulli hanc sententiam non aliter admittant, quam si cohæredes defecerunt vivo adhuc testatore, quos sequitur Bachovius; hic vid. Gomez. 1. *res.* 10. *n.* 13. Grass. §. *instit. quæst.* 22. *n.* 3.

T E X T U S.

De modis instituendi.

9. *Hæres & pure & sub conditione institui potest: ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest: veluti*, post quinquennium, quam moriar, *vel*, ex Calendis illis, *vel* usque ad Calendas illas hæres esto. *Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet, & perinde esse, ac si pure hæres institutus esset.*

N O T Æ.

9. *Sub conditione*) Verbi causa *Titius hæres esto, si Mæviam uxorem duxerit*. Hic institutio in pendenti est, & si quidem extiterit conditio, vires capit, ac conditionis eventus retrotrahitur ad tempus mortis, ut perinde habeatur, ac si pure facta esset institutio, si conditio defecerit, institutio evanescit, deferturque hæreditas ab intestato, *l.* 26. *de cond. inst.* fac. *l.* 8. *de per. & comm. rei vend. l.* 11. §. 1. *qui pot. in pign.*

Ex certo tempore, &c.) Ratio est, quia regula, quæ vetat, eumdem in paganis testato & intestato decedere, etiam in spatio temporis locum habet, *l.* 41. *de testam. mil. l.* 8. *Cod. eod.* ubi traditur, est ex prærogativa privilegii militaris. Cessat autem in conditione, cujus eventus retrotrahitur. Conditionem facit etiam dies incertus, *l.* 75. *de cond. & dem.*

Usque ad Calendas) Occurrit hic etiam specialis ratio, quia juri nostro non convenit temporalem hæredem habere, *l.* 7. §. 10. *de minor. l.* 88. *hæc titul.*

COMMENTARIUS.

1. *Captatoria institutio quæ veteribus dicta?*
2. *Suos hæredes omnes sub alia conditione institui non posse, quam quæ in eorum sit potestate.*
3. *Diem certum institutioni appositum, sive ut terminum a quo; sive ut terminum ad quem, pro supervacuo haberi.*
4. *Cur dies certus institutioni adjectus ut terminus a quo non suspendat institutionem, similiter ut adjecta conditio?*
5. *Moribus hodiernis hujusmodi subtilitates insuper haberi.*
6. *In testamentis diem omnem incertum conditionem facere.*
7. *An si cui bonorum omnium ususfructus legatus sit, & post mortem ejus alius hæres institutus, legatum valeat?*

HIC se nunc offert tituli hujus pars tertia, in qua tractatur de forma & modo hæredes instituendi, deque iis, quæ institutioni utiliter vel inutiliter adjiciuntur: sed non omnia, quæ eo pertinent, Imper. tangit, contentus, quæ præcipua sunt, de conditione & die adjectis quædam indicasse. Ante quorum explicationem monendi sumus, ad formam institutionis omnino pertinere, ut ea verbis fiat, iisque idoneis, ut ex iis liquere possit voluntatis intentio; quamvis quibus verbis fiat, impetrativis sive directis, an inflexis, nihil referat, *l.* 15. *Cod. de test. & ibi* DD. Deinde ita fieri debere, ut de persona hæredis certo constare possit, vel ex nomine, vel ex indubitabili signo: alioqui vitiari institutionem, *l.* 9. *in princip.* junct. §. *si quis*, 8. *& seqq. in tempus*, 62. §. 1. *h. tit. l.* 4. *cap. eod.* Item inutilem esse constitutionem, si testator non certo consilio hæredem scribat, aut quid alienum captet. Unde improbata veteribus tum institutio, quæ in alienam voluntatem confertur, veluti si quis dixerit: *Quos Titius voluerit, hæredes sunto*, *l. illa inst.* 42. *l. si qui.* 68. *eodem*, (1) tum captatoria, quæ fit captandæ alienæ hæreditatis causa, cum testator suam hæreditatem tamquam in hamo defert, ut allectet alienam: puta hoc modo: *Qua ex parte Titius me hæredem faciet, ex eadem mihi hæredes esto*, *l. captatorias*, 70. *cum. l. seq. eod. l. captatoriæ*, 64. *de leg.* 1. hujusmodi institutiones etiam in testamentis militum probantur, *l.* 11. *C. de test. mil.* Hoc autem modo concepta institutio valet: *Qua ex parte Titium me hæredem fecit, ex eadem hæres esto*. Quoniam in præteritum collata est, neque ad captandum, sed ad remunerandum comparata, *l. illa autem*, 71. *Clemens*, 81. §. 1. *h. t.* Sed nec institutiones, quæ mutuis affectionibus judicia provocarentur, pro captatoriis habentur, *d. l. captatorias*, 70. *eodem*. Valent itaque & dubiæ & mutuæ conjugum institutiones, D. Tulden. *in cap. de test. mil. n.* 9. ubi obiter refellit Joann. Dickerum hanc sententiam oppugnantem *l.* 1. *dis.* 7. De captatoria institutione eleganter Menoch *consil.* 408. Ant. Fab. *c. suo de hær. inst. defin.* 11. post. Cuj. 16. *obs.* 11. Duar. *c.* 3. *h. t.* Nunc accedamus ad explicationem textus. VINN. Sed reliquorum omnium industriam superavit Vir. Illustris Corn. van Bynkersh. *de captator. instit.* quæ dissertatio inter reliqua ejus opuscula habetur. HEIN.

(1) *Sub conditione institui potest*) Conditio est adjectio, qua in futurum eventum, quod dari aut fieri volumus, suspenditur: eaque vel possibilis est, vel impossibilis. Impossibilis inutiliter institutioni adjicitur, & pro non scripta habetur, de qua mox: possibilis utiliter, ut suspendatur interim institutio, atque existente conditione vires capiat perindeque habeatur ac si pure facta esset; deficiente evanescat; & hæreditas deferatur ab intestato. Solius persona filiifamil. excipitur, qui vetatur sub alia conditione hæres institui, quam quæ in illius potestate sit, nisi sub contraria conditione exhæredetur, ne, si conditio deficiat, reperiatur contra legem præteritus, *l.* 2. 5. 6. *l. jam dubitari*, 86. *h. tit. l.* 15. *l. ultim. de cond. inst.* Tantundem nunc dicendum de cæteris liberis, qui in potestate sunt & sui hæredes, postquam hi omnes filio-

filiosfamil. exæquati, §. 5. *sup. tit.* Falluntur ergo DD. qui putant, ita nunc jus esse, ut si suus hæres in incertum eventum institutus sit; institutio non vitietur, sed potestate juris detrahatur conditio usque ad portionem legitimam, quæ gravi prohibeatur ulla dispositione moram aliudve onus afferente; *per leg. quoniam*, 4. *C. de inoffic. test.* Non enim animadvertunt, agi isto loco non de liberis institutis, sed exhæredatis, quibus aliquid pro legitima relictum sit. Nam Justinianus cum in *l. omni modo*, 30. & *l. seqq. C. eodem*, jussisset cessare querelam inofficiosi, si quid liberis, omnino relictum esset, suppleríque, si minus relictum, quod legitimæ deesset, mutato veteri jure, quo querela non excludebatur, nisi aut tota legitima portio relicta esset, aut si minus, adjecta clausula, ut si quid deesset, id boni viri arbitratu repleretur, in *d. l. quoniam* 42. quæ mox sequitur, superiores sanctiones temperat, easque sic vult obtinere, ut liberi portionem legitimam plenam consequantur, & sine ullo gravamine aut mora. Novissime voluit & titulo institutionis legitimam relinqui, *Nov.* 114. *cap.* 3. de quo plura tit. 18.

Ex certo tempore aut ad certum tempus non potest) Hujus rei explicatio plus difficultatis habet. Ait, *Ex certo tempore, &c.* quibus verbis tacite innuitur differentia temporis sive diei certi atque incerti, & quæ hic traduntur, non ad utrumque, sed ad alterum tantummodo, certum scilicet, pertinere. Ita est. Dies aut est certus, aut incertus. De incerto illico videbimus. Certum dicimus: cum certum est & venturum esse, & quando venturus sit. Hic dies bifariam institutioni forte opponi potest, vel ut terminus a quo, veluti: *Post quinquennium, quam moriar hæres esto*, vel uti terminus ad quem, veluti: *Usque ad quinquennium hæres esto*. Neutro autem modo apponit utiliter. (4) Et hoc est, quod Imper. ait, hæredem ex certo tempore vel ad certum tempus institui non posse: non quod adjectione diei in totum vitietur institutio, sed quod dies vitiose adjectus rejiciatur & habeatur pro non scripto: ita enim se statim explicat, cum ait, diem adjectum pro supervacuo haberi, & perinde esse, ac si pure institutio facta sit. Breviter Jurisconsultus, *l. hæreditas* 34. *h. tit. Hæreditas* inquit, *ex die*, vel *ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato, manet institutio*. Quod dies tollitur, benevolentia est, ne pereat ultima defuncti voluntas. Quod die non sublato subsistere nequeat institutio: ex regula, qua vetatur idem in paganis testato & intestato decedere, proposita & a nobis exposita §. *hæred.* 5. *sup. eod.* Neque enim ad portionem bonorum tantum, verum etiam ad temporis spatium ea regula pertinet, *l. miles ita* 43. *in princ. de test. milit.* Peculiaris quoque ratio est, cum dies adjicitur tanquam terminus ad quem; quia juri nostro non convenit, temporalem hæredem habere, sed is, qui semel hæres extitit, semper hæres maneat necesse est, *l.* 7. §. *sed quod* 10. *de minoribus*, *l. ei qui* 88. *h.* tit. De altero illo quæsierit aliquis, cur cum hæres ex certo die instituitur, non æque placeat suspendi institutionem, & antequam dies veniat, nullum interim hæredem esse, ac cum quis instituitur sub conditione, & quid intersit, ita scribam: *Titius post quinquennium hæres esto*, an: *Titius hæres esto, si uxorem duxerit?* Hoc interest. Conditionis ea est vis ac natura, ut actum omnem cui adjicitur, jurisque effectum suspendat, ea deficiente nihil actum ut intelligatur, existente perinde habeatur, ac si ab initio res sine conditione gesta esset, *l.* 8. *de per. & com. rei vind.* *l.* 11. §. 4. *qui potest in pign.* Proinde cum hæres sub conditione institutus est, in pendenti est tota dispositio testatoris, & si quidem defecerit conditio, nulla dispositio facta intelligitur, statimque defertur hæreditas sub intestato; si extiterit, eventus ejus retrotrahitur ad tempus mortis, ut quod sub conditione dispositum est, pure dispositum intelligatur, *l. si pupillus* 26. *de cond. inst.* Dies vero certus diversæ naturæ est, primum in hoc, quod nunquam suspendit vim aut effectum juris; tantum adhoc utiliter rei alicui, veluti legato aut stipulationi adjicitur, ut remoretur executionem, §. 2. *inf. de verb. obligat. l. cedere diem* 213. *de verb. signif. l.* 17. *de reg. jur. l. si dies* 21. *quand. dies leg.* Quod si ergo hæres ex certo tempore institutus ante id tempus hæres esse impediatur, dies operabitur præter & contra suam naturam suspenso juris effectu, ideoque statim potius admittendus, præsertim cum certum sit, diem exiturum esse, quod secus est in conditione. Ita post Jacob. de Aret. Bart. & Bald. disputat Comez. 1. *resol.* 2. *num.* 8. Deinde & in eo differentia est, quod dies non ita, ut conditio, existens retrotrahi potest, hoc est, quod aditio post diem existentem facta non potest conjungi, & continuari cum tempore mortis testatoris quam tamen continuationem jus requirit, *l. hæres* 55. *de acquir. hæred. l. omnis* 138. *de reg. jur.* nisi toto intermedio tempore subducto: nam si id tempus manere volumus, ut adjectum utiliter, jam non suspendimus institutionem, ut nullus interim hæres sit: sed causæ intestati interim locum facimus, quod juris ratio non patitur. (5) Nostri, & Gallorum mores hujusmodi subtilitates aversantur: sed ubi receptum est, ut unicumque pro portione bonorum & testato & intestato decedere liceat, ita & ad tempus quisque hæredem facere potest, & ex certo tempore, ut aut post tempus aut antequam dies veniat, intestati hæreditas deferatur; quod jure civili Romanorum solummodo ex privilegio obtinebat in testamentis militum *l.* 15. §. 1. *miles* 41. *tit. princ. de testam. milit.* vid. notata *sub* §. *hæreditas* 5. *sup. eod.* Hæc dicta sunt de die certo. Dies incertus, aut prorsus & simpliciter talis est. cum scilicet neutrum horum apparet, nec an venturus sit, nec quando; veluti si ita testator dixerit: *Titius hæres esto, cum consulatum inierit, cum uxorem duxerit*, aut secundum quid; cum alterutrum incertum est, & vel ignoratur, an venturus sit duntaxat; veluti si ita scriptum sit: *Titius, cum erit annorum quatuordecim hæres esto*: vel tantum quando venturus sit, qualis est dies mortis cujusque. Et extat de die incerto generalis definitio Papiniani in hæc verba: *Dies incertus conditionem in testamento facit*, *l. dies* 75. *de cond. & dem.* (6) Cujus definitionis hæc sententia est, ut conditio testamento adjecta non detrahitur, sed suspendit conditionem, ita & dies incertus; atque ut existente demum conditione vires accipit dispositio, ita & existente demum die incerto. Et siquidem vel utrumque ignoretur dies venturus sit, & quando; vel etiam unum illud, an sit venturus: dubium non est, quin hujusmodi dies pro conditione sit, *l. si dies* 21. & *l. sequent. quand. dies leg.* At sit certum sit, exiturum esse, ignoretur autem quando; hic referre puto, utrum dies appositus sit extraneo, an ipsi hæredi. Si extraneo, puta hoc modo, *Titius hæres esto, cum Sempronius morietur*, diem pro conditione esse; quia fieri potest, ut hæres scriptus ante Sempronium moriatur; quo argumento tale legatum conditionale esse defenditur; *Hæres meus, cum morietur, Titio decem dato*, *l.* 1. §. *de cond. & dem. l.* 4.

in

in princ. quando dies leg. Si vero ipsi hæredi adscriptus sit, veluti: *Titius cum morietur, hæres esto*, non puto conditionem facere: quia nec si legatario adscribatur, facit *d. l.* 4. §. 1. *l. hæres meus* 79. *in princ. de cond. & dem* & ideo Institutioni adjectum quasi diem certum, qui viventem adhuc hærede omnimodo exiturus sit, detrahendum esse, institutionemque pro pura habendam: quæ & communis Interpretum sententia est in *l.* 9. *C. h. t.* teste Gomez 1. *res.* 2. *n.* 11. Illud aperte falsum est, quod hoc loco scribit Bachovius, tale legatum: *Titio, cum morietur, decem do, lego*, conditionale esse, contra textus expressos, *in d. l. hæres meus* 5. 79. *de cond. & dem. & in d. l.* 4. §. 1. *quand. dies leg. eod.* Singularis casus institutionis ex die incertu est, cum quis instituitur in tempus capiendæ hæreditatis, *leg. in tempus* 62. *h. tit.* qui tamen casus a doctoribus omnibus restringitur ad eos, qui non simpliciter incapaces sunt, sed secundum quid quales sunt orbi, cælibes, quos proculdubio hæredes instituere licet, cum liberos susceperint, cum uxores duxerint. Angelo absurdum non videtur etiam deportatum sic institui, cum restitutus erit. Utique recte idem Angelus responsum istud Jurisconsulti in *d. l. in tempus* 62. sic temperandum existimat, ut locum habeat cum incapacitas est ex parte instituti duntaxat, non etiam simul ex parte testatoris: nam spurium hoc modo, *cum capere poterit*, a patre institui non posse. (7) De illo quæsitum est, si v. gr. uxori bonorum omnium ususfructus legatus sit, & post mortem ejus Titius hæres institutus, an legatum valeat? Et multis visum est, tale legatum esse inutile, quoniam dies ususfructus legati non prius cedit, quam hæreditas adita sit, *l. un.* §. 2. *quand. dies ususfr. l. ced. l.* 2. *&* 3. *quand dies legat. l. un.* §. *libertat.* 6. *Cod. de eod. coll.* in proposito autem hæreditas adiri nequit, quamdiu uxor vixit, eo quod dies incertus pro conditione est; nec potest confirmari legatum ususfructus adita post mortem uxoris hæreditate, quia ususfructus morte extinguitur. Pluribus tamen visum est valere, quibus assentior. Etenim in casu proposito institutio hæredis conditionalis non est, sed pure in proprietate facta ex mente testatoris intelligi debet; utpote qui legatum pure deberi voluit, nec credendus est elegisse viam, per quam dispositio ejus evertatur, contra *leg. Gallus* 29. §. 1. *de lib. & post. l.* 3. *de testam. mil.* Poterit itaque hæres institutus statim hæreditatem adire, eamque transmittere, quia mortis tempus adjectum non est ad infringendam institutionem, sed ne hæres interim turbet uxorem in usufructu. Quid si hæres institutus adire vivente uxore nolit? Posse eam in casu proposito de facto uti & frui, Baldus respondit in *l. extraneum* 9. *C. h. tit.* Sed tutius est, ut judicis officium super hoc imploret, vide Covarr. 2. *var. res.* 2. *n.* 5. Gail. 2. *obs.* 143. *n.* 2. Grass. §. *legat. q.* 23. *n.* 2. Mantic. *de conj. ult. vol. l.* 4. *tit.* 5. *n.* 22. Joann. del Castill. *tract. de ususfr. cap.* 8. *num.* 23. *& seq.* D. Jac. Coren. *consil.* 15.

TEXTUS.

De conditione impossibili.

10. *Impossibilis conditio in institutionibus & legatis, nec non in fideicommissis, & libertatibus, pro non scripta habetur.*

NOTÆ.

10. *Impossibilis conditio*) Cui similis, quæ quid continet, quod pugnat cum bonis legibus aut moribus, *l.* 14. *& seq. de cond. inst.* perplexa tamen, ἄπορος, vitiat tamen institutionem, *l.* 16. *eod.* VINN. Ast proprie conditio impossibilis conditio non est, quia actum non suspendit ab incerto eventu: immo potius eventus est certissimus. HEIN;

COMMENTARIUS.

1 *Conditionem ἄπορον, aut difficilem propter personæ cui apposita est, qualitatem, &c. pro impossibili non haberi.*
2 *Ultimas voluntates oppositione conditionis impossibilis non vitiari: conventiones contra: & cur tam varie?*
3 *Dispositionem hujus §. auctore Grotio, non convenire moribus nostris.*
4 *Conditioni impossibili similem esse eam, quæ quid turpe continet, & ideo hanc quoque pro non scripta haberi in ultimis voluntatibus.*

IMpossibilis conditio est, definitore Justiniano, cui natura impedimento est, quo minus existat, veluti *si digito cælum tetigeris*, §. *si impossibilis* 11. *infra de inut. stip.* Sed & quæ facto natura, & per se possibilia sunt, possunt casu aut adjectione temporis fieri impossibilia: veluti, exigere pecuniam, monumentum facere, Gadibus Romam pervenire: sunt δυνατά, at exigere pecuniam a se, monumentum post mortem testatoris in triduo proximo facere, biduo Gadibus Romam pervenire, ἀδύνατα. (1) Sive autem per se conditio possibilis sit, sive propter circumstantiam aliquam: hoc jure utimur, ut sub tali conditione facta institutio non vitietur, sed evanescat conditio & pro non scripta habeatur, *l.* 1. *l.* 6. *l. mulier* 20. *de condit. inst.* nisi forte conditio sit ἄπορος, sive talis, quæ efficiat, ut ipsa institutio impossibilis, aut potius perplexa, atque inexplicabilis sit, ita ut voluntas defuncti exitum reperire nequeat: cujusmodi conditio institutionem vitiat, *l. si Titius* 16. *de cond. inst.* Sed & in alia quavis ultima voluntate, puta legato aut fideicommisso, conditio impossibilis pro non scripta est, *l.* 12. §. 1. *l. ab omnibus* 104. §. 1. *de leg.* 1. *l.* 5. §. 4. *quand. dies leg.* generaliter enim quicquid in testamento scriptum impossibile est, placet nullam vim habere, *leg. si Mævio* 45. *h. tit. l.* 3. *de condit. & dem.* Plane conditio difficilis huc non pertinet, quantumvis propter personæ, cui apposita est, qualitatem aliamve causam videatur impossibilis: sed nisi conditioni pareatur, relictum in testamenta non capitur. Finge libertatem servo relictam hac conditione: *Si hæredi millies dederit.* Hic non detrahetur conditio, sed inutilis erit datio libertatis, ut responsum est a Paulo, *l.* 4. §. 1. *de statu lib.* Idem juris est, si in tam longum tempus conditio collata sit, ut eo tempore, is cui libertas datur, vivere vix possit, veluti si servo quatuor annos nato libertas datur, cum erit annorum centum: de quo vid. Franc. Amaya *lib.* 1. *observat. juc. cap.* 11. (2) Alio autem jure utimur in stipulationibus & conventionibus: quippe quæ nullius momenti sunt, & in totum vitiantur apposita conditione impossibili, §. *si impossibilis* 11. *inf. de inut. stipul. l.* 7. *de verb. obligat. l. non solum* 31. *de obl. & act.* ubi etiam diversi juris indicatur ratio: nimirum quia manifestum est, eos, qui in contrahendo apponi patiuntur conditionem, quam sciant esse impossibilem, non esse hoc animo, ut se aut alios sibi obligent, sed jocari, ludere, omnino ea cogitatione esse, ut nihil agi existiment. At testatorem in ordinatione supremæ voluntatis, in re tam seria & cogitatione mortalitatis,

se-

serio agere & non ludere voluisse, quod in speciem impietatis cadit, credendum est, sed mendum potius ei excidisse, quod favore ultimæ voluntatis corrigitur; & tollitur a lege, ne id hæredi fraudi sit, cui nihil imputari potest, neve alia bene recteque constituta evertantur, *arg. l.1. de cond. inst.* (3) Dom. Grotio videtur, hanc interpretationem minus convenire moribus nostris; nam cum in his regionibus omnem supremam dispositionem interpretantur secundum id, quod propius vero est sensisse testatorem, nobis hujusmodi institutionem potius pro ridicula & nulla habendam esse, ut etiam ipsi Romani in cæteris causis id intellexerunt, dempta ultima voluntate. (4) Impossibili conditioni similis est conditio turpis, quam Interpretes vulgo ut speciem impossibilis subjiciunt, & appellant impossibilem de jure. Ea est, quæ quid continet, quod pugnat cum pietate, bonis legibus, aut moribus. Nam, ut bene & pie Papinianus noster in *l. filius 15. de cond. inst. Quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & generaliter, quæ contra bonos mores fiunt, ea nec facere nec posse credendum est.* Et ideo etiam si quid ejusmodi testamento insertum sit, id perinde ac si quid impossibile adscriptum esset; placet pro non scripto haberi, *leg. cond. 14. de cond. inst.* veluti: *Si ab hostibus patrem suum non redemerit; Si parentibus patronove suo alimenta non præstiterit.* Paulus scribit, hujusmodi conditiones remittendas esse, *l.9. d.tit.* quod effectu juris eodem recidit, capitur enim semper hæreditas legatumve, perinde ac si adjectæ non essent. Plane filius, qui in potestate est, sub tali conditione hæres scriptus, testamentum patris infirmat; ac si conditio non esset in ejus potestate, *d. l. 15. eod.* quod etiam ad cæteros suos hæredes nunc transferendum est per ea, quæ *sup. §. præc.* Pacta quoque & stipulationes turpi conditione apposita nullius momenti sunt, ut juris esse diximus, cum his apponitur conditio impossibilis de facto, *l. generaliter 26. l. stip. 61. de verb. obl. l. 4. C. de inut. stip.*

TEXTUS.

De pluribus conditionibus.

11. *Si plures conditiones in institutionibus adscriptæ sunt, si quidem conjunctim, ut puta,* si illud & illud factum fuerit, *omnibus parendum est: si separatim, veluti,* si illud, aut illud factum fuerit, *cuilibet conditioni obtemperare satis est.*

COMMENTARIUS.

Docent nos Dialectici, copulatæ orationis partes omnes veras esse oportere, si ea vera esse ponatur: totam autem falsam esse, si vel una pars falsa sit. Cui conveniens est, quod hic scribit Justinianus, si plures conditiones conjunctim institutioni adscriptæ sint, omnibus parendum esse, ut scilicet verificetur tota enuntiatio, & institutio purificetur: quod & Paulus tradidit, *l.5. de cond. inst.* & Scævola de stipulatione eodem modo concepta, *l. si quis 129. de verb. obl.* Ait, *omnibus parendum est.* Plane, obtemperare dicimur conditioni, quando eam implemus: & proprie hæc enunciantur de ea conditione, quæ posita est in nostra potestate, quam quoties volumus, implere possimus; nonnumquam tamen & ad earum conditionum impletionem referuntur, quæ positæ sunt in eventu, ut in *l.2. de cond. & dem.* Et sic quod hic traditur, pluribus conditionibus conjunctim adscriptis, omnibus parendum esse, etiam ad plures conditiones, quæ ex casu pendent, copulatas pertinere, sciendum est, hoc sufficere ad delationem hæreditatis; unam existere aut impleri, sed omnium impletionem expectandam: quippe cum non minus in hanc speciem, quam in præcedentem illam prædictum axioma Logicorum quadret, & utique ex æquo conveniat ratio Pauli in *d. l.5. de cond. inst.* quod plures conditiones conjunctim scriptæ unius loco habeantur, ideoque merito a reliquis Interpretibus notatus est Accursius, quod putaverit, ex pluribus conditionibus casualibus conjunctim appositis sufficere extitisse unam, *arg. l. si plures 17. eod. tit.* quæ huc non pertinet, sed loquitur de pluribus institutionibus factis sub diversis conditionibus, repetita scilicet ejusdem institutione in diversa parte testamenti, D. Vigl. *hic.*

Si separatim, cuilibet, &c.) *d. l.5. de cond. inst. d. l. si quis 129. de verb. obl.* & ratio est, quia disjunctiva oratio unius partis veritate contenta est; unde regula juris Pontificii: *In alternativis sufficit alterum adimpleri, reg.70. in 6.* Cujacius legit *cui libet*, voce divulsa, id est cui placet. Theoph. εἰ αὐ βούλεται. Illud addo, ex casu pendentes conditiones omnimode impleri oportere: quæ autem in potestatem nostram conferuntur, etiam tunc pro impletis haberi, cum per alium stat, quominus impleatur, veluti si quis ita institutus sit: *Si Sejam uxorem duxerit*, & ea nolit nubere, *l.5. §. item si 5. quand. dies leg. l. jur. 24. de cond. & dem. l. in jure 161. de reg. jur.* & ibi doctissime Pet. Fabr.

TEXTUS.

De his, quos nunquam testator vidit.

12. *Ii, quos numquam testator vidit, hæredes institui possunt, veluti si fratris filios peregrinantes, ignorans, qui essent, hæredes instituerit. Ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.*

COMMENTARIUS.

1. *Moribus multorum locorum nunc ad substantiam testamenti hæredis institutionem non desiderari, quibusdam in locis ne locum quidem habere.*

Etiam qui nobis ignoti sunt, hæredes a nobis institui possunt, modo ne ex alio capite sint incapaces, puta quia peregrini, *l. extraneum 9. C. h. tit. leg. quidam 46. eod.* Poterat duplex hic esse dubitandi causa, tum quod certum esse debet consilium testatoris, certaque persona instituti, Ulp. *tit.22. §.3.* tum quod eos fere hæredes instituere solemus, quorum merita affectionem nostram provocaverunt, *l.9. pro soc.* Verum enim vero ubi testatoris voluntas in personam aliquam certam destinata est, incertum ejus consilium incertave instituti persona dici nequit; licet circa accidentia personæ, puta nomen, faciem, incertitudo sit: & potest quis etiam erga ignotum ita affectus esse, ut optime ei velit, vel propter sanguinis necessitudinem, ut exemplo proposito, vel propter famam virtutis eruditionisve.

Peregrinantes) Peregrini, non peregrinantes, hæredes institui vetantur, *l.1. C. h. t.* Notissima autem est inter hæc duo differentia: peregrini enim civibus opponuntur. Jam vero Romani privato jure constituerunt, ne quisquam,

quam, qui civis non sit, jus capiendæ hæreditatis habeat. Qui autem ex civibus peregrinantur, hoc est, peregre degunt, extra patriam suam in peregrinis regionibus versantur, studiorum forte aut quæstus gratia, vel ut diversos hominum mores cognoscant, urbesve videant opulentas, cum hi cives esse non desinant, nulla ratio est, cur non a suis domi hæredes institui possint, licet de facie testatori noti non sint. Cujacius legit *peregrinatos*, dictione divisa: quomodo in omnibus quoque libris manuscriptis legi testatur Hotomannus, quos quidem videre illi contigit: aitque, cum ista lectione consentire & Theophilum; quo tamen nomine reprehenditur a Bachovio, quasi lectori imponat, cum etiam Theophilus habeat, ἐπὶ ξένης διάγοντα. (1) Verum si bona fide agit Bachovius, necesse est, valde oscitanter Theophilum ab eo inspectum esse: quippe cum Theophilus non proponat fratrem ipsum ἐπὶ ξένης διάγοντα, hæredem institutum, sed liberos ex fratre, cum peregre ageret, procreatos. Multorum locorum legibus aut moribus nunc ita comparatum est, ut hæredis institutio ad substantiam testamenti non videatur necessaria, quo sensu hodie testamenta appellamus: nam & id testamentum dicitur, in quo relictis tantum legatis, nulla hæredis institutio facta est. Joann. Castillo Sotom. *tract. de usufr. c. 66.* Quin etiam secundum quarumdam civitatum leges ne locum quidem in testamentis habet hæredis institutio. Sic enim dictant leges Parisiensium, Aurelianensium, Gandavensium, Cortracensium, &c. quod tamen ita passim accipitur, ut si hæres institutus sit, pro legatario tantum is habeatur. Dom. Gudelin. *l. 2. de jur. Nov. cap. 5.* Dom. Christ. *vol. 1. decis. 247. n. 8. & decis. 305. n. 17. & seqq.*

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

DE VULGARI SUBSTITUTIONE

Dig. Lib. 28. Tit. 6. C. Lib. 6. Tit. 25. & 26.

1. *Ratio ordinis, simul quam varie verbum substitutionis a nostris usurpetur?*
2. *Divisio substitutionis in directam & fideicommissariam; ac utriusque speciei explicatio.*
3. *Nomine substitutionis simpliciter posito, intelligi directam: quæ & perfectius definitur.*
4. *Vulgatæ divisiones substitutionis notantur; ostenditurque, commodissime eam dividi in duo genera duntaxat.*
5. *Summa eorum, quæ h. t. explicantur.*

POstquam ea omnia Princeps tradidit, quæ ad testamenta recte ordinanda & hæredum institutionem pertinent, reliquum videbatur, ut protinus disputaret, quibus modis testamenta recte ab initio ordinata postea infirmentur. Cæterum cum testatori permissum sit, non tantum hæredem testamento instituere, sed etiam in locum deficientis hæredis instituti alios hæredes substituere, ut primo gradu deficiente saltem ex secundo hæredem testamentarium habeat: nonnunquam & cum sibi fecit, simul alii testamentum & hæredem facere, hanc partem, quæ substitutiones continet, prius exequendam putavit. Quid in genere sit substitutio, vix commode una generali definitione explicari potest: utuntur enim ea voce juris auctores non tantum cum loquuntur de institutione secundi hæredis, verum etiam cum de secunda datione legati, *l. 5. C. de leg.* item cum agunt de fideicommissis tum hæreditatis, tum rerum singularum, ut videre est *in leg. cohæredi, 41. §. 1. h. t. de vulg. & pupill. l. cum proponebatur 64. l. cum pater, 77. §. pen. l. Tit. 1. 87. §. 2. de leg. 2. l. hæredes 47. §. 1. & 2. ad SC. Treb. l. 14. Cod. de fideic. l. 6. C. de intest. & sub.* Atque hinc vulgo substitutio dividitur in directam & fideicommissariam. Directa est, quæ fit verbis directis & civilibus; vel hæredem hæredi substituendo, veluti, *Titius hæres esto: Si Titius hæres non erit, Sejus hæres esto;* vel legatario; veluti: *Titio fundum Cornelianum do, lego. Si Titius fundum, quem ei legavi, non ceperit, eundem fundum Sejo do, lego, l. ut hæredibus, 50. de leg. 2.* Nam hæc quoque directa substitutio est, & ideo legatum agnascente primo legatario evanescit, *l. 6. C. de leg.* Fideicommissaria est, quæ fit verbis precariis, cum scilicet testator vel hæredem institutum rogat, ut hæreditatem partemve hæreditatis aut rem aliquam alteri restituat; vel legatarium, aut fideicommissarium, ut restituant, quod ita relictum est. Fideicommissariæ substitutionis mentio fit cum alibi, tum in locis istis omnibus, quos modo allegavi; directæ, directis & civilibus verbis factæ, *in l. 7. l. 15. h. t. l. 5. l. 7. Cod. de imp. & al. subst. l. 14. C. de fideic. §. pen. inst. de eod.* Neque tamen venditare velim hanc divisionem ut perfectam, accipiatur saltem ut generis κατ᾽ ἐν, & eo pertineat, ut variam vocis usum, quem in jure habet, intelligamus. Illud equidem certum est, nomen substitutionis simpliciter positum in usu juris (sive proprie sive per excellentiam) solam denotare substitutionem directam, atque eam, qua hæres hæredi substituitur; unde passim videmus, substitutionem opponi fideicommissis, *l. 6. §. Titius, 5. ad SC. Treb. l. tutores, 39. §. 3. de adm. tut. l. cum pater, 77. §. volo, 13. de leg. 2.* cum similibus, quorum etiam tractatio proprium locum atque hinc satis longe remotum occupavit circa finem hujus libri, *in Pand. lib. 36.* cum de substitutionibus agatur *lib. 28.* Igitur, quod ad propositum attinet, si quæratur, quid sit substitutio, ea scilicet definiatur: Substitutio est secundo vel ulteriore gradu facta institutio; vel brevius & simplicius, est secundi hæredis institutio, *l. 1. ex facto, 43. §. Luc. in fin. h. t.* Nam omnem substitutum veteres secundum hæredem vocant, licet longa serie substitutio facta sit, & quis tertio vel quarto vel ulteriore etiam gradu locove scriptus reperiatur, habito scilicet respectu non ad ordinem scripturæ, sed successionis; & quia omnis substitutus collatus cum eo, cui substituitur, & ex cujus personæ relatione nomen substituti accipit, semper secundus est. Vulgo hæc ratio affertur, quia omnis institutio, quæ fit post primam & in locum primi hæredis deficientis, recte dicatur secunda, quemadmodum secundæ nuptiæ dicuntur, quæcumque contrahuntur post primas. VINN. Non usquequaque vera est hæc Vinnii observatio. Qui enim substituti substitutis, subinde vocati hæredes tertii, quarti, quinti, non secundi. Hinc *tertiorum hæredum* meminit Sveton. in *Claud. c. 6.* HEIN. Species substitutionis alii plures, alii pauciores faciunt. Doctores communiter quinque, vulgarem, pupillarem, exemplarem, breviloquam, & compendiosam. Exemplarem vocant substitutionem mente capti; *breviloquam*, quam alii melius reciprocam, cum *hæredes* instituti invicem substituuntur: compendiosam, quæ verborum hoc compendio, *Quandoque decesserit*, comprehendit plures substitutionum species; plures casus & tempora; veluti si pater ad eum modum substituerit filio impu-

pu-

puberi, continebitur hic & vulgaris & pupillaris, & si forte filius mente captus sit, etiam exemplaris; postremo militaris quoque privilegiata, si miles sit, qui substituit, Gomez 1. *resol.7. & 8.* Graff. §. *substitutio, q. 3. q. 51. & multis seqq.* Sichard. *in l.8. C.h.t.* Ant. Merend.4. *contr. 6.* Duarenus autem ad hunc t. c.3. & Soar. ad Gomez 1. *res.* 3. ponunt hasce quatuor, vulgarem pupillarem, quasi pupillarem, & militarem, rejectis breviloqua & compendiosa, ut modis substituendi, non speciebus substitutionis. Longe rectius nostro quidem judicio, Vigl. Mynf. Hotom. *hic*. Don.6. *comm.*23. duas duntaxat species statuunt, vulgarem, & pupillarem, ad quarum alterutram formas omnes substituendi referunt, & specie revocant. Etenim si genera substitutionum a casuum differentiis distinguenda sunt, plura poni non debent quam duo; sicut nec plures sunt casus, in quos fit substitutio, quam hi duo, unus, si institutus hæres non erit, qui casus primus dicitur, & est conditio vulgaris substitutionis; alter, si hæres erit, qui secundus, & proprius pupillaris, *l.5. l. Lucius*, 25. *h. t. leg.*8. *Cod. eod.* potestque substitutio exemplaris, quam vocant, *ἀναλόγως*; referri ad pupillarem, & commodiore nomine appellari quasi pupillaris, de qua agitur §.2. *tit. seq.* Compendiosa & reciproca diversas substituendi formulas denotant conceptas semper in primum vel secundum aut utrumque casum. Quod autem miles filio puberi vel etiam extraneo in secundum quoque casum directo substituere potest, abnorme atque ex privilegio est: neque ob id necesse est separatam speciem constituere. Cæterum nec hæc ipsa bipartita divisio alia est, quam generis homonymi: quippe sola vulgaris substitutio proprie substitutio est, pupillaris non tam substitutio, quam institutio prima, utpote per quam substitutus non testatori succedit & gradu secundo, sed pupillo & gradu primo tamquam ab ipso primo loco institutus. Ant. Merend.l.4. *contr.6. n.12. & 13.* Obtinuit tamen, ut & hæc diceretur substitutio, quia secundo loco fieri debet post institutum patri hæredem, ut declarat Ulp. *l.2. in fin.h.t.* sive quia substitutio impuberis pars est & sequela testamenti paterni, §. *liberis*, 5.*t.seq.* Hæc studiosis juris præmonstrare operæ duxi, ne doctorum scripta adeuntes in vestibulo hærerent aut offenderent. Præsenti in titulo agitur de substitutione vulgari, paucis sane & parce pro materiæ amplitudine & subtilitate. Proponuntur primo formulæ sive modi aliquot vulgariter substituendi; post aliquid aspergitur de effectu, ut sciamus quas in partes, nulli substitutioni adscripti substituti vocati intelligantur, & quatenus extendenda substitutio. Dicitur vulgaris a vulgari & usitato substituendi modo, vel quia vulgo & promiscue omnibus hæredibus a quovis testatore fieri potest. Quid ea sit, jam pene cognitum habemus, mox autem certius intelligetur exposito casu & vi conditionis hujus substitutionis propriæ.

TEXTUS.

De pluribus gradibus hæredum.

Potest autem quis in testamento suo plures gradus hæredum facere; ut puta, si ille hæres non erit, ille hæres esto. Est deinceps in quantum velit testator, substituere potest: ut novissimo loco in subsidium vel servum necessarium hæredem instituere possit.

NOTÆ.

Substituere) Substitutio est secundi vel ulterioris hæredis institutio, *l.1. h.t.* Est autem duplex, una vulgaris, quæ cuivis a quovis testatore fieri potest in hunc casum, si priore gradu institutus hæres non erit; altera pupillaris, quæ a parentibus fit liberis impuberibus, quos in potestate habent, in casum contrarium, si filius institutus hæres erit, & intra pubertatem decesserit; ad quam speciem *ἀναλόγως* referri potest & illa mente capti, de qua §.1. *t.seqq.* Fideicommissariæ substitutiones huc non pertinent; de quibus *infr. tit.* 23.

Novissimo loco in subsidium) Defunctorum interest, ut habeant successores, *l. 6. de inter. in jur. fac.*

COMMENTARIUS.

1 *Substitutionem in codicillis factam sustineri in vim fideicommissi.*
2 *Gradus hæredum non ex scripturæ ordine, sed ex successionis serie, quam testator fecit, æstimari.*
3. *Conditionem hanc*, si hæres non erit, *continere & casum impotentiæ & voluntatis, & an uno horum expresse contineatur & alter?*
4 *Conditionem*, si hæres non erit, *diversimode accipi pro diversa qualitate hæredum & personæ instituti.*
5 *Suum hæredem, accepto vulgariter substituto, ex necessario fieri voluntarium, salva tamen qualitate sui hæredis.*
6 *Substitutionem vulgarem in suo hærede non operari in casum impotentiæ, sed voluntatis & abstinentiæ.*

IN *testamento*) Recte *in testamento*, ut & Marcian. *l. potest*, 36. *eod.* unde hæc descripta: nam in codicillis ut institui hæres non potest, ita nec substitui: siquidem & substitutio institutio est, & utroque modo hæreditas directo datur; quod in codicillis non licet, §.*pen. infr. de cod. l. quod per manus*, 10. *de jur.eod.* Sciendum tamen est, etsi substitutio in codicillis facta non valeat jure directo, benigna tamen interpretatione sustineri in vim fideicommissi, quasi hæredes legitimi rogati videantur, hæreditatem substituto restituere. Sententia communionis & usu recepta non doctorum tantum auctoritate, verum etiam legum, *l. SC.*, 76. *ad SC. Tr. l. illud*, 13. §. 1. *de jur. C. l. ult.* §. 1. *C. eod.* Atque hanc eandem etiam, cum in contrarium multa disputasset, amplectitur D. Vigl. & pro axiomate quodam esse jubet, multarum quæstionum arbitro.

(2) *Plures gradus hæredum*) Hoc est, plures hæredum ordines, ut alii scribuntur primo, alii secundo, alii loco tertio, & ita deinceps, *l.2.* §. *defertur*, 4. *de bon.poss.sec.tab.* In qua dinumeratione non scripturæ ordo, sed successionis spectari debet, ut ecce, in hac formula: *Titius hæres esto, si Sejus hæres non erit; Sejus hæres esto.* Sejus, qui ordine scripturæ secundus est, & gradu & ordine delatæ hæreditatis est primus, Titius secundus, ac proinde substitutus, *l. si ita*, 28. *de hær.inst. l.2.* §.*pen. & ult.h.t.* Nec vero etiam cohæredis adjectio gradum facit, sed omnes cohæredes uno eodemque gradu habentur, & ideo simul ad successionem ex testamento admittuntur, quemadmodum ad successionem ab intestato vocantur omnes, qui eodem gradu cognationis sunt. Ubi autem gradus a testatore facti sunt, tum scripti impediuntur simul hæredes esse, *l. cum in test.*37. *de hær.inst.* nec substitutio locus est, quamdiu admitti potest prior hæres institutus, *l. 3. l. quamdiu*, 69. *de acq. hær.* idque omnino postulat ordo graduum pro affectu erga hæredes a testatore descriptus, apud quem ut priore amoris gradu insti-

institutos esse apparet, quam substitutos: ita dubium non est, quin ad illos malit, quam ad hos hæreditatem suam pervenire.

Si hæres non erit) Hic casus primus dicitur, & est conditio vulgaris substitutionis propria. Non semper autem hic casus plena oratione exprimitur, ut fit hoc loco, sed sæpe uno verbo substituendi significatur, ut si testator ita dicat, *Titio Mævium substituo*; aut pluribus institutis ita, *eosque invicem substituo*. (3) Casus autem iste, *Si hæres non erit*, generalis est, continens in se & casum voluntatis, ut loquuntur, *si hæres esse nolit*; & impotentiæ, *si non potuerit hæres esse*. Fac. *l. si quis*, 56. *sol. matr.* Uterque casus speciatim exprimitur *l. 3. C. de hær.* Sub casu impotentiæ iterum sunt inferiores & veluti species infimæ, veluti, *si mortuus sit*, *si deportatur*. Quorum omnium cum sit diversa ratio, non facile admittendum est, quod ex communi DD. sententia Gomez 1. *var. resol.* 3. *n.* 10. refert & probat, uno casu speciali expresso, aut voluntatis duntaxat, aut impotentiæ, alterum interpretatione supplendum esse: & perinde habendum ac si uterque expressus esset: & manifeste obstat huic sententiæ, *l.* 10. *de lib. & post.* Sane non dixerim, eum, qui expresse & specialiter substitutus est in casum deportationis hæredis instituti, intelligi debere etiam substitutum in casum mortis. Quod autem in institutione nepotis Aquiliani casu mortis per interpretationem producitur ad casum deportationis & similium, mirum non est, quoniam omnium ex sententia Galli eadem ratio est, *l. Gallus*, 29. §. *quid*, 5. *d. tit.* Idemque responderi potest de substitutione facta impuberi filio, in qua placet casum primum seu vulgarem expressum extendi etiam ad alterum seu pupillarem non expressum, & contra: nimirum sumptum hoc ex conjectura voluntatis, ut pluribus docebimus *titul. seq.* quamquam non tam prudentum interpretatio hoc jus introduxit, quam specialis constitutio D. Marci *l. 4. hoc tit.* add. Cujac. *ad d. l.* 10. *de lib. & post* Duar. *cap.* 9. *hoc tit.* (4) Porro conditio hæc, *Si hæres non erit*, pro diversa qualitate hæredum personæque instituti & ipsa diversimode accipitur. In extraneo hærede, qui sui juris sit, hoc significat, si neque sui hæreditatem acquisierit, neque alium mutata conditione hæredem fecerit. In ejusdem qualitatis hærede, qui alieno juri subjectus est eodem sermone hoc significatur, si neque ipse hæres erit, neque hæreditatem ei, cujus in potestate est, acquisierit, §. *ult. infr. eod.* ubi hac de re latius atque ex professo. In suo hærede eadem formula hoc significat, si se paterna hæreditate abstinuerit, si cum effectu hæres non extiterit, eo quod se bonis paternis immiscere noluerit. Nam etsi suus hæres ipso jure hæres existit, & ideo non esse sine hærede dicitur, qui suum hæredem, licet se abstinentem habet, *l. cum quasi*, 30. §. *sed & si*. 10. *de fideicomm. libert.* cujus rei notabilis effectu indicatur in specie *l. ult. de acq. hær.* tamen cum de excludendo substituto quæritur, & vi atque interpretatione horum verborum, *Si filius mihi hæres non erit*; ex voluntate substituentis, quam jus civile hic sequitur & approbat, non nuda ista existentia, sed immixtio filii cum aditione hæredis extranei comparanda est; alioqui ne substitui quidem filio in istum casum posse: nam si nullo modo efficere filius potest, ut non sit hæres, frustra ei substitutus datur in eum casum, quo hæres non sit, quo procul dubio continetur etiam casus voluntatis. (5) Ac dicendum omnino videtur suum hæredem, qui in vulgarem casum substitutum accepit, ex necessario hærede fieri voluntarium, & id quidem ex ratione ipsius juris civilis, quo scilicet patri permissum necessitatem istam ut in suum solius favorem introductam remittere, & quam etiam tacite remisisse intelligatur, dato filio in vulgarem casum substituto, ut quod alias filius non habuisset nisi jure prætorio, abstinendi nimirum licentiam, id nunc habeat jure proprie acceptum a patre, ac proinde ex jure civili: per *l.* 11. *de cond. inst. l. jam dubitari*, 86. *ed hæred. inst.* Doctores vulgo contendunt, per vulgarem substitutionem in totum tolli jus suitatis, *arg. d. l.* 11. & *l.* 16. *de lib. & posth.* Gail. §. *substitutio q. num.* 3. sed hoc nullo modo admitti potest: alioqui nec in pupillari substitutione expressa unquam inesse posset vulgaris, nec in vulgari pupillaris: & transmissio, quæ solius suitatis ante legem Theodosii effectus erat, per vulgarem substitutionem eo tempore fuisset impedita; quæ omnia falsa sunt, priora duo manifeste, tertium *arg. l. un.* §. & §. *cum autem*, 13. *C. de cad. toll.* ubi Justinianus demum substitutum vul. admitti, cum desunt personæ, quæ hæreditatem non aditam transmittunt ex lege Theodosii, quæ unica est sub *tit. C. de his qui ante ap. tabul. hæred. trasm.* nimirum jus transmittendi, quod soli antea sui hæredes & simpliciter habebant, etiam in casu substituti extendens ad personas dicta lege Theodosii comprehensas. Et vero, quod omnino considerandum, in persona sui hæredis duæ hæ sunt qualitates diversæ, necessarium esse, & suum esse, quarum hac salva, aut saltem vulnerata tantum, illa tolli potest, uti factum videmus edicto Prætoris, quo manente suitate data est abstinendi potestas. (6) Concludendum ergo, substitutionem vulgarem in suo hærede non operari in casum & speciem impotentiæ, sed in casum voluntatis & abstinentiæ duntaxat; utique si filius patri superstes fuerit: nam si is vivo adhuc patre decesserit, nullis liberis relictis, qui quasi agnascendo testamentum rumpant; dubium non est, quin substitutioni locus sit. Zas. *tract. subst. c.* 1. *in quarto effectu*, Gomez. 1. *resol.* 3. *n.* 15. 16. & 24. Bachov. *in Treutl. vol. disp.* 11. *thes.* 7. Christin. *vol.* 5. *decis.* 16. *n.* D. Joan. a Sande *lib.* 4. *tit.* 3. Illud quoque mihi plane persuadeo, abstinente filio suo hærede, substitutus hæredem fieri jure civili: hoc est, directo ex substitutione venire, hæreditatem adire posse vi formulæ, *Si filius mihi hæres non erit*, *Sempronius hæres esto*; quamvis hoc non placeat Anton. Fabro, qui substitutum non ipso jure hæredem fieri, sed a Prætore tantum ad bona admitti contendit, *decad.* 33. *err.* 7.

Novissimo loco servum necessarium) Qui omnino legitimas successiones impedire atque in omnem casum sibi vult prospicere, ne intestati exitum faciat; is poterit in defectum priorum servum suum postremo loco instituere hæredem necessarium, quod illi quoque facere solent, quibus facultates suæ suspectæ sunt, ut auctionis infamiam, quam metuunt deficientibus voluntatis hæredibus, modis omnibus a se avertant, & quod in alios non potuerunt, in servos tandem transferant, §. 1. *infr. de hær. qual.* Quid si servus non loco novissimo, sed intermedio substitutus sit, aut ipsi primo instituto substitutus datus? Putarem contra Viglium cum Jo. Fabro, defendi posse, dominum videri servo remisisse adeundi necessitatem, dando ei substitutus in eum casum, quo hæres non esset, utique si substitutus hæreditatem adire paratus sit, *arg. l.* 12. *de cond. inst.*

T E X T U S.

De numero hæredum in singulis gradibus.

1. *Et plures in unius locum possunt substitui vel unus in*

in plurium, vel singulis in singulorum vel invicem ipsi, qui hæredes instituti sunt.

COMMENTARIUS.

COmplures sunt formæ substituendi. Substituuntur vel extranei, vel ipsi hæres instituti. Prior species variatur quatuor modis: nam & singulis, & plures pluribus, & plures uni, & pluribus unus substitui potest. Secundus modus hoc loco, & apud Marcianum, *l. potest*, 37. §. §. 1. *eod.* omissus est forte de industria, quia eadem illius quæ primi ratio est. Illud autem in his omnibus tenendum, ut substitutis locus fiat, necesse est, ut antea primo gradu instituti defecerint, quocumque casu ex superioribus modis substitutio facta proponatur; hoc enim perpetuo exigit natura & ratio substitutionis, adeo ut nulla etiam videatur esse causa dubitandi, ne postremo quidem casu, ubi unus pluribus substitutus sit. Nam qui ita loquitur, *Octavius & Nonius hæredes sunto, si non erunt, Decius esto*: is utique aperte significat, se velle, institutos & ambos & singulos substituto præferri, atque hunc non aliter admitti, quam si neuter illorum hæres fuerit; quod ipsum diserte quoque traditum est *l.* 4. *C. de impub. & al. subst.* Quare vix est, ut credam apud veteres juris auctores de eo dubitatum fuisse, quamvis id persuasum fuerit Justiniano, *l. pen. C. dict. tit.*

Vel invicem ipsi) *L. cum testamento*, 37. §. 1. *de hær. inst.* Hæc est substitutio, quam Modestinus reciprocam vocat, *l.* 4. §. 1. *hoc tit.* Papinianus mutuam, *l. cum proponebantur*, 64. *de legat.* 2. exemplum extat apud Svetonium *in Tiberio cap. ult.* Doctores vulgo appellant breviloquam vocabulo non satis rei conveniente; neque enim ex verborum brevitate æstimatur; sed ex reciprocratione formulæ, quam nihil prohibet longiore oratione concipere, ut fecit Theophilus, & notavit D. Viglius. Modus autem substituendi est, non species substitutionis, diximus, & pupillari quoque convenit, *d. l.* 4. §. 1. *hoc tit.*

TEXTUS.

Quam partem singuli substituti accipiant, si partes in substitutione expressæ non sint.

2. *Et si ex disparibus partibus hæredes scriptos invicem substituerit, & nullam mentionem partium in substitutione habuerit, eas videtur in substitutione partes dedisse, quas in institutione expressit: & ita Divus Pius rescripsit.*

NOTÆ.

2. *Ex disparibus partibus*) Species: *Octavius ex unciæ hæres est, Nonius ex besse, Decius ex quadrante: eosque invicem substituo.* Hic repudiante Decio, videtur quadrans in novem partes, ex quibus octo feret Nonius, unam Octavius, *l.* 24. *eod.* Male exemplum posuit Th. in duobus hæredibus invicem substitutis: verum tamen est quod dicit, & male carpitur a Pac.

D. Pius rescripsit) *L.* 1. *C. eod.* congruunt *l.* 5. & *dict. l.* 24. *ff. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Hæredes ex imparibus partibus institutos, atque invicem simpliciter substitutos ex substitutione in partes hæreditarias vocatos intelligi: & quomodo hæc regula temperanda? num.* 2.

PLuribus hæredibus etiam ex certis partibus institutis, si unus simpliciter substitutus fuerit, hic illis deficientibus totum assem ex substitutione feret: si plures pluribus eodem modo substitutis, singulis ex partibus æqualibus hæredes erunt; licet inæquales adscriptæ sint institutis, quippe cum hic discerni non possit, quis cui substitutus sit. An si singulis, tum cum quisque partem habebit, quæ adscripta primo, cui substitutus est. Dubium quoque non habet, si testator hæredes institutos mutuo substituens in substitutione easdem partes nominatim servari voluit, quas in institutione expressit, aut si alias partes in substitutione fecit, quin voluntas servanda sit. Sed hoc quæsitum est in substitutione reciproca, si testator hæredes ex imparibus partibus institutos invicem simpliciter substituerit, hoc est, nullarum in substitutione partium mentione facta, utrum in partes viriles, an in hæreditarias ex substitutione vocati intelligi debeant. (1) Et D. Pius voluntatem testatoris in hac substitutione sic interpretatus est, ut videatur testator eos vocasse in portiones hæreditarias, hoc est, ex iisdem partibus substituisse, ex quibus instituti sunt, *l.* 5. *si plures*, 24. *hoc tit. l.* 1. *C. eod & hoc text.* Optima sane ratione: neque enim verisimile est, testatorem pluris eos fecisse in gradu secundo, quam in primo; cum substitueret, quam cum institueret: ut proinde partes, quæ in institutione expressæ sunt, repetitæ videri debeant in substitutione; qua eadem ratione etiam legata ab institutis relicta a substitutis repetita esse intelliguntur, *l. licet Imper.* 74. *de legat.* 1. clausula quoque sive conditio in institutione apposita in substitutione repetita, utique si eadem sit, aut par utrobique ratio, *arg. l.* 14. *de leg.* 1. *l.* 1. *C. de impub. & al. sub.* Ant. Fab. *C. suo tit.* 7. *defin.* Cluistin. *vol.* 4. *decis.* 13. *num.* 7.

Invicem substituerit) In duobus hæredibus invicem substitutis huic quæstioni locus esse non potest: siquidem uno ex duobus deficiente, alterum semper, quod reliquum est habere oportet, & in solidum hæredem fieri. Sed minimum tres institutos, eosque invicem substitutos ponamus necesse est: verbi causa, uti Ulpianus speciem proponit, *d. l.* 24. *hoc tit.* si unus ex uncia, secundus ex besse, tertius ex quadrante sit institutus, repudiante tertio in novem partes dividetur quadrans, feretque octo partes, qui ex besse institutus est, unum partem, qui scriptus ex uncia. Manifestum igitur est, male omnino Theophilum hunc locum interpretatum esse, dum in duobus institutis invicemque substitutis exemplum posuit.

Quas in institutione expressit) Ulp. *d. l.* 24. hoc sic temperat, *nisi alia mens fuerit testatoris*. Quibus verbis Interpretes denotari & excipi putant etiam casum, quo non simpliciter & tribus verbis omnes invicem substituuntur, aut quidem sub appellatione hæredum alicui ex cohæredibus, puta hoc modo, *Si Titius hæres non erit, quisquis erit, ex parte quoque Tertii esto*, aut *Cæteri, quos primo loco scripsi, sunt*; sed repetitis in substitutione propriis singulorum nominibus, veluti hoc modo, *Titius ex quincunce, Mævius ex triente, Sempronius ex quadrante hæredes sunto. Si Titius hæres non erit, Mævius & Sempronius ex parte quoque Titii hæredes sunto.* Hic secundum communem sententiam Mævius & Sempronius in portione deficientis Titii viriles, hoc est æquales non hæreditarias partes habebunt: idque ex non obscura voluntate testatoris, qui in substitutione proprie cujuscumque nomina repetens, jam non ad partes in institutione data; sed ad personas & numerum substitutorum substitutionem retulisse dicendus sit, *arg. l. nonnumquam*, 25. *ad Se-*

Senatusconsultum Trebell. leg. si hæredes, 124. *de legat.* 1. l. *si communis*, 37. *de stipul. serv.* Atque hanc sententiam etiam D. Viglius probat, ac præceptori suo D. Francisco Curtio, cui ea displicebat, propterea quod Jurisconsultus in *d. l.* 24. *hoc tit.* requirit voluntatem evidenter expressam, respondet, expressionem propriorum nominum ex interpretatione prudentum vim expressæ voluntatis in hujusmodi quæstionibus habere. Idem probandum est, si testator æquale onus substitutis imposuit, per *l. quoties*, 23. *ad Senatusc. Trebellian.* Gloss. *in l.* 1. *C. de impub. & al subst.* Gomez 1. *resol.* 5. *n.* 20. D. Tulden. *comm. hic. c.* 2. Christin. *vol.* 4. *decis.* 13. *num.* 7.

TEXTUS.

Si cohæredi substituto alius substituatur.

13. *Sed si instituto hæredi, cohærede substituto dato, alius ei substitutus fuerit, Divi Severus & Antoninus sine distinctione rescripserunt, ad utramque partem substitutum admitti.*

NOTÆ.

3. *Sed si instituto hæredi*) Species: *Primus & Secundus hæredes sunto: Si P. hæres non erit, S. hæres esto; si S. hæres non erit, Tertius hæres esto.* Verius est, in utramque partem hic Tertium substitutum esse, *l.* 27. *l.* 41. *eod.* ex quo jure hæc regula fiat: *Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto.*

Sine distinctione) Id est sine distinctione mortis & scripturæ, ut nihil intersit, prior substitutus post institutum, an ante decesserit; nihil quoque utrum ante primam substitutionem secunda facta sit, an postea hoc modo: *Primus & Sec. hæredes sunto: si S. hæres non erit, Tertius hæres esto. Si P. hæres non erit, S. hæres esto*, *l.* 41. *princ. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *An in specie hic proposita utraque pars defecta jure substitutionis ad secundum substitutum pertineat?*
2. *Scævola cum Papiniano conciliatus.*

Si paterfamilias Titio & Mævio hæredibus institutis, Titium Mævio sine reciprocatione substituerit, & Titio Sempronium, certum est, deficientis Titii partem non accrescere Mævio cohæredi Titii, sed ad Sempronium jure substitutionis pertinere: quippe cum verba illa, *Si Titius hæres non erit*, generalia sint, & utrumque casum complectantur, sive hæres non erit ex institutione, sive non erit ex substitutione. Cæterum hæc species huc pertinet. Et male Hotomannus tali exemplo usus est ad hujus loci declarationem. Hic enim non tantum quæritur de parte ejus, qui cohæredi suo substitutus alium substitutum accepit, sed etiam de parte cohæredis, cui ille alius expresse substitutus non est, nimirum si uterque defecerit, an pars utriusque ad illum uni tantum substitutum jure substitutionis pertineat. Quod hic affirmatur, & in *l. si Titius*, 27. *l. cohæredi*, 41. *in pr. hoc tit.* Ex hoc igitur jure hæc regula fiat: *Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto.*

Sine distinctione ad utramque partem) Si scilicet neuter hæres extiterit: Videamus primum de partibus: deinde explicabimus, qui illud sit, quod ait, sine distinctione, (1) De partibus dubitari poterat, non an ambæ ad substitutum pertineant, sed an pertineant jure substitutionis tanquam ad substitutum utrique. Nam si, verbi causa, Mævius, cui Titius cohæres & substitutus datus est, ante Titium defecerit, Sempronius Titio substitutus deficiente deinde Titio, ad utramque quidem partem sine dubio admittitur, sed ideo ad partem quoque Mævii dixerit aliquis; non quod huic quoque substitutus intelligatur; sed quia vel deficientis Mævii pars Titio cohæredi, cui Sempronius substitutus jam prius accrevit, vel quia nunc ipsi accrescit Sempronio. Verum prius illud nullo modo dici potest, quia deficientium portiones non accrescunt aliis, quam qui ex sua parte hæredes extiterunt, *l. unic.* §. *his ita*, 10. *C. de cad. toll.* unde portio portioni accrescere dicitur instar alluvionis, *l. si Titio*, 33. *in fin. de usufr.* Quod si Titium hæredem extitisse ponimus, expiravit substitutio, *l.* 5. *Cod. de empub. & al subst.* Posterius teste Viglio visum est nonnullis veterum Interpretum, ut Dyno, Jo. Fabro, atque ex recentioribus Lancelloto Polito, qui etsi dicatur Sempronius in utramque partem in specie proposita substitutus, neut quam tamen dici posse contendit, revera substitutum esse Mævio. Sed merito DD. communiter, quos & Viglius sequitur, hoc improbant. Quæ enim potest esse dubitandi ratio, si dicamus, partem Mævii accrescere Sempronio, cui etiam accresceret, etsi Titius Mævio substitutus non esset? Et igitur aut frustra & inepte talis casus proponitur, quo Titius cohæredi substitutus est, aut hoc operabitur substitutio Titii, ut Titio substitutus etiam ei, cui Titius substitutus est, tacite substitutus esse intelligi debeat. Atque hoc ipsum satis aperte docet hoc loco Justinianus, cum ait, substitutum ad utramque partem admitti; admitti videlicet eodem jure atque ex substitutione, de qua sola hic disputatur, & quia, ut diserte ait Jurisconsultus in *d. l.* 27. *hoc tit.* in utramque partem substitutus intelligitur. Sed quid refert, ex substitutione an jure accrescendi dicamus portionem etiam Mævii Sempronio deferri? Nihil quidem admodum in casu proposito. Sed finge, præter Titium & Mævium, Cajum quoque hæredem institutum, hic jam Sempronio proderit, jure substitutionis, deferri portionem Mævii, ut excludat Cajum, quem non excluderet in jure accrescendi. Illud non animadverto, quomodo huc applicari possit, quod præterea Bachovius notat, jus accrescendi sequi hæredem ejus, qui portionem suam agnovit, quantumvis ante decesserit, quam ipsi quicquam accresceret; substitutionem autem ad hæredem non transmitti, *l.* 9. *de suis & l. totiens*, 81. *de acq. hær.* Qui autem illud est, quod ait Imper. *sine distinctione admitti*? Nimirum hoc explicandum ex responso Papiniani, *l. cohæredi*, 41. *in princ. hoc tit.* Primum nihil interesse ratione ordinis scripturæ, utrum ante primam substitutionem secunda facta sit, an postea, veluti in hoc exemplo, (2) *Titius & Mævius hæredes sunto: si Titius non erit, Sempronius esto; si Mævius non erit, Titius esto.* Secundo nihil interesse, utrum prior substitutus post institutum, an ante decesserit. Sed hic Papiniano objicitur Scævola, *l. qui habebat*, 47. *eod.* Species, quam ibi Scævola proponit, est hujusmodi; qui filium & filiam impuberes habebat, instituto filio hærede filiam exhæredavit; & si filius intra pubertatem decessisset, filiam eidem substituit: filia, si antequam nuberet, decessisset, uxorem suam, item sororem. Et respondet, si filia impubes prior decesserit, deinde frater ejus impubes, hæreditatem filii ad uxorem & sororem testatoris jure substi-

tutionis non pertinere. Accursius, quem bona pars DD. sequitur, ait, Scævolam sic respondisse, quia in casu illic proposito secunda substitutio jam extincta erat pubertate filiæ: sic enim ille locum legit: *cum filia pubes prior decesserit*. Et quia sciebat, apud alios legi *impubes*, (quomodo tertius quoque Pisanus & Nericus habent) notat; *olim impubes, nunc pubes*. Sed in tali casu non debebat Jurisconsultus distinguere, cum nec si post institutum substitutus jam pubes & hæres factus decesserit, ex secunda substitutione quisquam admitti possit. Bachovius putat in pupillari substitutione diversum jus esse, aut saltem in specie *d. l.* 47. ubi pupillo non cohæres substituitur, sed filia exhæredata, eamdem voluntatis interpretationem non admitti, ut scilicet substituti substitutæ videantur etiam substituti instituto. Atque idem adhuc dicendum videtur favore pupilli, ad cujus utilitatem pertinere creditur, ut substitutum habeat, *l. Julianus*, 42. *de acquir. hæred.* Deinde si in pupillari substitutione alio jure utebantur, cur non simpliciter Jurisconsultus respondet, hæreditatem instituti jure substitutionis ex secunda substitutione non deferri? Nisi compositorum socordiæ adscribendum, quod responsum Scævolæ in Pandectas retulerint, cum rescripto Impp. Severi & Antonini distinctio illa, qua Scævola utitur, sublata esset, mallem cum Viglio dicere, Imperatorum rescriptum loqui de duabus partibus unius hæreditatis, Scævolam respondisse de duabus hæreditatibus, ad quas rescriptum istud temere procedendum sit, sed in quibus vetus distinctio adhuc obtineat, utrum prior substitutus ante, an post institutum decesserit.

T E X T U S.

Si quis servo, qui liber existimabatur, instituto substitutus fuerit.

4. *Si servum alienum quis paterfamilias arbitratus hæredem scripserit; & si hæres non esset, Mævium ei substituerit; isque servus jussu domini adierit hæreditatem, Nævius substitutus in partem admittitur. Illa enim verba*, Si hæres non erit, *in eo quidem, quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur*: Si neque ipse hæres erit: neque alium hæredem effecit: *in eo vero, quem patremfamilias arbitratur, illud significant*, si hæreditatem sibi vel ei, cujus juri postea subjectus esse cœperit, non acquisierit. *Idque Tiberius Cæsar in persona Parthenii servi sui constituit.*

N O T Æ.

In partem admittitur) Theophil. τὸ ἥμισυ λαμβάνει recte, pars enim ἁπλῶς posita dimidiam significat *l.* 43. *de usufruct. l.* 146. §. 1. *de verb. signif.* species *dict. l.* 40. Sempronius cohæres servo substitutus fuit: & ideo unum semissem Sempronius habet ex institutione, alter semis inter eum & dominum servi instituti dividitur: add. quæ ibi notat Gothofred.

Subjectum esse testator scit) Et hoc casu in totum excluderetur substitutus, *leg.* 7. *de acq. hær.* sed in proposito propter falsam opinionem & incertitudinem voluntatis testatoris, media via electa est, ut alias sæpe.

Tiberius Cæsar) Pompon. *l.* 41. *de hær. inst.*

COMMENTARIUS.

1. *Si filiusfam. hæres institutus sit, eique, si hæres non esset, substitutus datus, utrum repudiante filio, pater, an substitutus admittendus?*
2. *Pleræque aliæ quæstiones, quæ hic tractari solitæ, obiter excussæ & definitæ.*
3. *Utrum in casu hic proposito inter dominum instituti & substitutum hæreditas ex æquo dividenda, an sic, ut ille dodrantem, hic quadrantem duntaxat ferat?*

IN explicatione pr. hujus diximus, hæc verba, *Si hæres non erit*, in persona patrisfam. significare, si nec ipse hæres erit, nec alium hæredem mutata postea conditione fecerit. In eo, qui alieno juri subjectus est, eodem sermone hoc significari, si vel ipse hæres non erit, vel ei, cujus juri subjectus est, hæreditatem non acquisierit. Et igitur si paterfam. hæres institutus in eum casum substitutum accepit, *Si hæres non erit*, isque vel in eodem statu manens sibi hæreditatem acquisierit, vel mutata ante testatoris mortem conditione, servus aut filiusfam. factus, dominum aut patrem hæredem fecerit, in solidum excludetur substitutus. Similiter si servus aut filiusfamilias hæredes instituti & in casum, quo hæredes non erunt, substitutum acceperint, & aut ipsi mutata conditione ante mortem testatoris sibi hæreditatem acquisierint, aut in eo statu manentes dominum aut patrem hæredes fecerint, substitutus itidem in totum repellitur, *l. si paterfam.* 40. *de hær. inst. l.* 7. *de acq. hær. l.* 5. *Cod. de imp. & al. subst. & hoc text.* Cæterum hoc ita, si testator non ignorabat, eum, quem hæredem instituit, in aliena esse potestate: nam si patremfam. esse putabat, qui servus alienus erat, hic propter falsam opinionem & incertitudinem voluntatis testatoris media via electa est, ut substitutus cum domino servi in partem admittatur, *dict. leg.* 40. *& seq. de hæred. inst. & hoc* §. Nam ex ratione juris dominus solus admittendus videbatur, cum magis sequendum id, quod in veritate est, quam quod in opinione. Pro substituto autem facit præsumpta voluntate testatoris, qui non videtur domino consulere voluisse eum hæredem instituens, quem ignorabat dominum habere. (1) Quæsitum est, si filius familias hæres institutus, eique hac conditione, si hæres non foret, substitutus datus sit, utrum repudiante filio, pater, an substitutus, Duarenus *in comm. ad hunc tit. cap.* 10. pro patre respondet: Viglius *ad hunc* §. pro substituto. Ego cum Viglio censeo, substitutum patri præferendum, quippe cum ille ex manifesto judicio testatoris veniat, hic non item: tum etiam, quia repudiante filio, existit conditio substitutionis, quæ in extraneo hærede instituto, qui alieno juri subjectus est, hunc sensum habet, si neque ipse hæres erit, neque eum, cujus in potestate est, hæredem fecerit, quorum neutrum fit in proposito, *l.* 3. *Cod. de hær. inst.* Ad hæc si cohæres filio datus repudiante filio patrem excludit, quanto magis substitutus? Constat enim, jus substitutionis potentius esse jure accrescendi, *leg.* 2. §. *si duo*, 8. *de bon. poss. sec. tabul.* In contrarium movetur Duarenus his rationibus. Primum quia Justinianus, *l. ult.* §. 2. *C. de bon. poss. qua lib.* filio repudiante, jus adeundi patri concedit, perinde ac si ipse institutus esset. Sed respondemus, constitutionem istam ut exorbitantem cancellis suis continendam, neque extendendam esse in præjudicium ejus, qui venit ex testatoris expresso judicio, substituti videlicet: quem utique magis testator dilexit, quam patrem, cujus contemplatione institutio facta non præsumitur, sed amore filii duntaxat. Conservare quodammodo voluntatem defuncti voluit Justinianus, non

evertere; & vulgatum est, provisionem hominis facere, ut cesset provisio legis; adeoque non dubito, quin etsi cohæres filio pater datus esset: nihilominus tamen, filio repudiante, a substituto excluderetur, *d. l. 2. §. si duo, 8. sec. tab.* Aliud argumentum ducit Duar. a conditione substitutionis, quam putat non minus repudiante, quam adeunte filio deficere, propterea quod repudiatione sua patrem hæredem faciat, *arg. d. l. ult. §. 2. C. de bon. quæ lib.* junct. *d. l. si paterf. 40. de hær. inst. & hoc nostro §.* Verum in hoc manifeste errat: nam etsi per occasionem repudiationis filii pater hoc consequitur, ut ipse hæreditatem filio delatam adire possit; non tamen hoc consequitur per filium, sed beneficio legis, quod cessare debet, ubi testator ipse alium hæredem sufficit. Per filium ergo, qui repudiavit, pater hæres non fit, sed sua ipsius aditione, ex persona propria vi constitutionis Justinianæ, quæ cum habet pro instituto, ubi scilicet alius a testatore non vocatur; nam voluntatem testatoris modis omnibus fartam ac tectam leges omnes conservant. Non aliter autem dominus aut pater per servum aut filium hæredes existere possunt, aut hi illos hæredes facere, quam adeundo: repudiando autem nequaquam, *l. 7. de acq. hær. l. 3. C. de hær. inst. & hoc text.* & alioqui etiam quivis hæres institutus hæreditatem recusans adire dici posset eos, qui ab intestato veniunt hæredes facere, & cohæres cohæredem, atque ita fieret, ut fere semper excluderetur substitutus contra manifestam voluntatem testatoris. Nec movere debet quod Ulpian. respondet, filium repudiando patri non nocere, *l. 13. §. 3. de acq. hær.* Hoc enim non eam sententiam habet, filio repudiante patrem nihilominus per eum hæredem fieri; sed repudiationem filii non obstare, quominus filius jubente postea patre adhuc adeat. Postremo hoc modo argumentatur Duarenus. Si pater & filius una eademque persona censentur, *l. 5. C. de imp. & al. subst.* nihil referre debet, utrum filius ipse hæres institutus, an pater hæreditatem adeat. Sed non animadvertit, hoc argumentum in se retorqueri posse, hoc modo: Si pater & filius una persona censetur, filio per repudiationem ab hæreditate remoto, etiam pater ejus remotus intelligi debet. Verum hujusmodi fictionibus juris non est abutendum ad evertendas voluntates defunctorum, quæ in testamentis totum faciunt, *l. ex facto, 35. §. verum, 3. de hær. inst.* Ita cum Viglio sentiunt & Salicet. *in d. l. ult. C. de bon. quæ lib.* Polit. *de vulg. subst.* Fach. 4. *contr. 63.* Ant. Fab. *dec. 33. err. 7.* Don. 6. *comm. 24.* Bachov. *in Treult. vol. 2. disp. 11. thes. 7.* dissentiunt cum Duareno Bart. *in l. 1. hoc tit.* Gloss. Cyn. Castr. *in d. l. ult.* Merend. 5. *contr.* 8. Grass. *§. substitutio q. 9. n. 4.* (2) Solent & aliæ quæstiones hoc loco agitari, quas obiter excurriemus, nam instituti ratio non patitur, ut singula exequamur accurate. Prima est, utrum indigno aliquo hærede instituto, eique substituto dato in casum, quo hæres non erit, fiscus potior sit, an substitutus, hoc est, utrum in proposito fiscus hæreditatem indigno auferat, an locus sit substituto? Ego cum Duar. *d. c.* 10. & DD. comm. Grass. *d. n. q.* 8. pro fisco contra substitutum responderem; per *ex. in l. cum quidam, 12. & jus regulare d. tit. de his qui ut ind.* neque pœna instituti hæredis debet esse præmium substituti, ut generaliter definit Papinian. *l. si sequens, 15. de SC. Silan.* Non idem juris est in institutione plane incapacis, puta deportati, nam talis institutio cum pro non scripta habeatur, *l. 1. C. de hær. inst.* testamentum a substitutione exordium capiet, *arg. leg. 3. §. ult. de lib. & post.* Alia quæstio est, uter præferendus, substitutusne, an is, in quem extra causam substitutionis hæreditas non adita transmittitur. Jure veteri sui hæredes potestate nudæ existentiæ hæreditate transmittebant in hæredes quoscumque, *l. 3. Cod. de jur. del. l. 8. C. de suis & leg. hær.* Ex constitutione Theodosii liberi omnes delatam sibi a parentibus hæreditatem transmittunt ad descendentes suos, *l. un. Cod. de his qui ant. apert. tab.* Est item & tertium genus transmissariorum, in quos non hæreditas, sed jus deliberandi transfertur ex lege Justiniani, *l. cum in antiquioribus, 19. C. de jur. del.* Pro triplici ergo hac transmissariorum differentia primo quæritur, si suus hæres, qui in casum, quo hæres non foret, substitutum accepit, antequam se bonis parentis immiscuisset aut abstinuisset, mortuus sit, utrum vi solius existentiæ hæreditatem transmittant ad successores suos, an admittendus potius substitutus. Et communis quidem sententia est, substitutum admittendum excluso transmissario sive hærede instituti, quoniam substitutio vulgaris perimat jus suitatis. Sed hoc perspicue falsum est, ut ostendimus *sup. in not. sub fin. pr. eod.* ubi plenissime probavimus, jus suitatis in proposito salvum manere, licet necessitas remissa intelligatur, neque substitutionem vulgarem in suo hærede operari in casum impotentiæ, sed abstinentiæ duntaxat. Insignis vero error est Jo. Deckeri *lib. 1. diss. 14. n. 43.* asserentis, ideo per vulgarem substitutionem tolli transmissionem, quæ ex jure suitatis est, quia suus hæres institutus non aliter testamento hæres sit, quam se immisceat. Notissimi enim juris est, suos hæredes tam ex testamento, quam ab intestato statim atque ipso jure hæredes existere, *§. 2. infr. de hær. qual. leg. 1. §. qui sunt, 7. si quis omiss. caus. test. l. 3. C. de jur. delib.* vid. Ant. Fab. *decis.* 34 *err.* 4. Secundo, utrum substitutio potior, an transmissio ex constitutione Theodosii, *d. l. unic. C. de his qui ant. ap. tab.* Hic item pro transmissario contra substitutum responderem per *l. unic. §. cum autem, 13. C. de cad. toll.* ubi jus transmittendi, quod ante sui hæredes soli & simpliciter habeant, etiam in casu substitutionis diserte extendit ad personas lege Theodosiana comprehensas. Duar. *d. cap.* 10. Ant. Fab. *d. err.* 4. estque hæc sententia etiam communiter recepta, Grass. *dict. quæst.* 9 *num.* 3. neque Jo. Deckerius, *ubi supr.* quicquam affert, quod me in contrarium trahat. Tertio, utrum transmissio juris deliberandi ex lege Justiniani *d. l. cum antiquioribus, 19. C. de jur. del.* excludat substitutionem, an hæc illam. Hic ego pro substituto responderem contra transmissarium Justinianæum, cum Salicet. *in dict. leg.* 10. Ant. Rip. *in l. 1. hoc tit.* Zas. *tract. subst. cap. 1. in tertio effect. ver. tertia species.* Polit. *de vulg. subst. num. 92. & seqq.* Ant. Fab. *dict. decis. err.* 5. Decker. *dict. dissert. numm.* 44. neque enim nova & exorbitans constitutio facile extendi debet cum injuria tertii, qui pro se habet & provisionem hominis & simul voluntatem legis; potestque locus Justiniani *dict. l. unic. §. 5.* junct. *§. cum autem, 13. C. de cad. toll.* qui in contrarium adducitur, commode referri & restringi ad duas priores specie transmissionis, ut proprie verba Imperatoris accipiantur, & de his solis, qui ipsam hæreditatem transmittunt. Diss. *hic.* Duar. *dict. cap.* 10. & DD. commun. Gomez. 1. *resol. 3. num. 25.* Grass. *dict. q. 9. num. 3.* Christin. *vol. 4. decis. 17. num. 2.* Fachin. 4. *cont. 62.* Postremo quæritur, quid juris sit, institutus beneficio ætatis contra aditionem restitutus sit. Quæstio hæc omnium est difficillima. Sententia communis est, convalescere substitutionem, *arg. l. ex contractu, 44. de re jud. l. 1. §. antep. l. 2. §. si bonorum, 10. ad SC. Tertyll.* Gloss. Salic. Cyn. & alii *in l. 5. Cod. de impub. & al subst.* & hanc se-

sequuntur Ant. Fab. 3. *conject.* 4. Donell. 6. *comm.* 24. Sed contraria de jure verior videtur, *per d. l.* 5. & textus perspicuus *in leg. success. edict. l.* 7. §. *sed quod Papinianus*, 10. *& ibi* Cujac & Paul. Bus. *de minoribus*. Neque temere beneficium restitutionis extra personam minoris in alterius favorem porrigi debet. Zasius *tract. subst. c.* 1. *vers. secundo limitate*. Duar. *d. c.* 10. Ant. Merend. 4. *contr.* 9. Bachovius *in Treult. vol.* 2. *disp.* 11. *thes.* 7. Perez. *ad tit. Cod. de impub. & aliis subst. num.* 7. Utrum autem excluso substituto ad legitimum successorem pertineat, quod placet Duar. Bachov. & Merendæ, an fisco locus fiat, quod Cujacio, in medio relinquimus. Nunc ad institutum redeamus.

Mævius in partem admittitur) Non exprimit in quotam: & ita quoque simpliciter scriptum est in *leg. & hoc*, 41. *de hær. inst.* hæreditatem divide inter dominum instituti & substitutum. Sed utrum ex æquo, ut dimidiam partem hæreditatis dominus, dimidiam item substitutus ferat; an ut ille dodrantem, hic quadrantem duntaxat, ut Gloss. & DD. communiter voluerunt? Non ambigo, quin ex æquo, quo modo hunc locum & Theophilus interpretatur. Et interpretandum esse vel hoc unum argumento esse debet, quod partis nomen, nisi quid aliud adjiciatur, semper dimidiam significet, *l. nomen*, 164. §. 1. *de verb. sign. l. etiam*, 3. *de usufruct.* (3) Et rogo, in re dubia, ubi paria in utramque partem argumenta afferuntur, quam ratione vel in speciem habere potest inæqualis ista distributio. Quinimmo si partes inæquales faciendæ, substituto potius favendum erit, cui & verba & voluntas testatoris suffragantur, quam domino, qui mera tantum ratione juris nititur, & de quo testator cogitare non potuit, cum eum institueret, quem ingenuum putabat. Obstat tamen huic sententiæ *d. l. si paterfam.* 40. *de hæred. inst.* ubi Julianus in hac ipsa specie aliam partitionem facit, & duos vult semisses fieri, ita ut alter semis inter dominum & substitutum æquis portionibus dividatur; cumque de altero semisse nihil definiat, eum domino plerique assignaverunt. D. Cujacius existimat, pro *alter semis*, ut in extremo *d. l.* 40. legitur: legendum *as*, mendumque natum ex errore notarum. Alciatus. 1. *disp.* 2. scribit, se in exemplari ita legisse *in princ. d. l. eique, si hæres esset, Sempronium cohæredem substituerit*. Quam lectionem verba in calce ejusdem responsi posita mire juvant. Ait enim Julianus: *igitur in hoc casu duo semisses fient*. Cur ait, *in hoc casu*, nisi ut significet, si talem casum proposuisset, cui conveniret hæc divisio? nempe quando servo, qui liber putabatur, cohæres substitutus est, in aliis autem non idem juris esse. Igitur in casu a Juliano proposito de uno semisse ambigi non poterat; quippe quem Sempronius ex institutione accipit, non dominus servi: de altero poterat; & hunc, Julianus ait, dividi oportere inter dominum servi & Sempronium. Et merito, quia in hunc tantum semissem erat substitutus. Atque ita nunc cordatiores omnes sentiunt, quorum pars emendationem Cujacii, pars Alciati lectionem probant, aut quod ipse addit, intelligunt, in re ipsa consentientes. Plane si manifeste appareat, testatorem per eum, quem opinionis errore liberum esse credens hæredem instituit, ad alium quemquam hæreditatem pertinere noluisse, conditio substitutionis extitit, & soli defertur hæreditas substituto, *l.* 3. *Codice de hæred. institut.* VINN. Cui non dictus Hylas? Me tamen nec cum Cujacio, nec cum Alciato facere fateor. Rem paucis dicam. In illa *l.* 40. *ff. de hæred. inst.* manifesto sunt duæ species. Prior hæc est. Paterfamilias instituerat Titium servum, quem ingenuum putaverat, eique substituerat Sempronium. Titio jussu domini adeunte, quærebatur, an Sempronius esset in partem admittendus? & respondit Julianus: *Potest dici, Sempronium in partem hæreditatis* (puta dimidiam, quæ quota non expressa ordinarie intelligitur. *l.* 164. §. 1. *ff. de verbor. significat. l.* 43. *ff. de usuf.*) *admitti*. Addita ratione, pergit Julianus: *Quæ adjectio non eos pertinet, qui paterfamilias hæredes scripti, postea in servitutem deducti fuerint. Igitur in hoc casu semisses fiant, ita ut alter semis inter eum, qui dominus instituti hæredis fuerit, & substitutum æquis portionibus dividatur*. Et hæc manifesto est altera species. Paterfamilias instituerat Titium, tunc ingenuum; sed postea deductum in servitutem, substituto ei Mævio. Quærebatur, Titio jussu domini adeunte, an & hic substitutus in partem admittendus sit? Respondit, admittendum: sed non in dimidiam, sed in quadrantem. Domini enim Titii ideo hic melior videbatur conditio, quod non, ceu in priore casu, testator circa hæredis statum erraverat. Simile quid in mentem venit Marco Lyklamæ in *Membranis*, & & Osvvald. Hilligero in *Donel. enucleat.* De Parthenio, & utrum is Tiberii, an Titii servus fuerit, elegans & erudita est διάσκεψις in Gudlingianis *T.* 6. *part.* 30. *art.* 3. *part.* 455. *sep.* HEIN.

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

Dig. Lib. 28. *Tit.* 6. *C. Lib.* 6. *Tit.* 26.

Unde hæc substitutio dicatur pupillaris, & quo aspectu substitutio? Simul argumentum tituli.

Sequitur directæ substitutionis species altera, quæ a subjecto dicitur pupillaris, quia scilicet solis fit pupillis, non ut prior illa promiscue quibusvis. Etsi autem is demum pupillus dicitur, qui cum impubes sit, in potestate patris esse desiit, *l. pupillus* 239. *de verb. signific.* tamen quia vis omnis testamenti, & substitutionis confertur in mortem testatoris, id est, in id tempus, quo filius pupillus futurus est, recte hoc respectu pupillaris vocatur. Prior illa vulgaris, ut bene observavit D. Viglius, vere substitutio est, sive secunda institutio, qua testator in casum, quo primo gradu institutus hæres futurus non est, alium sibi hæredem facit; ac proinde per quam succeditur ipsi testatori. Hæc autem non tam substitutio est, quam institutio prima: quippe per quam non ei, qui testamentum fecit, & gradu secundo succeditur, sed pupillo, cui testamentum factum est, & gradu primo, perinde ac si ipse pupillus sibi hæredem fecisset. Quod evidentius apparet in substitutione exhæredati. Quamobrem merito Hotomannus a Bachovio notatur, quod ille inverso modo vulgarem substitutionem magis institutionem, pupillarem autem proprie censet esse substitutionem. Cur vero, cum pupillaris proprie substitutio non sit, eo tamen nomine a veteribus appelletur, dixi præcedente titulo, nempe sic appellatur ex comparatione hæredis paterni, eo quod pater sibi prius, deinde secundo loco filio hæredem instituere debet, & non a testamento filii incipere, *l.* 2. *in fin hoc tit.* Porro substitutio pupillaris, ut genus πρὸς τί dividi potest in propriam seu veram, & qua-

quasi, seu exemplarem. Utraque fit in eum casum, quo institutus hæres erit: propria fit liberis impuberibus, si hæredes extiterint, & intra pubertatem moriantur; quasi, seu exemplaris fit mente captis, si hæredes extiterint & decesserint in eadem mentis alienatione. Summa eorum quæ hoc tit. traduntur, hæc est. In principio docetur, qui, quibus pupillariter, & qua forma substituant? quis hujus rei effectus: & unde illud manarit? Inde agitur de substitutione quasi pupillari, sive mente capti: & mox effectus pupillaris substitutionis reperitur: dein parentibus formidolosis tuta monstratur substituendi ratio. Hic jam amplius, quibus pupillariter substitui possit, declaratur: tum proponitur generalis quædam & communis forma: ac postremo sequuntur contraria.

TEXTUS.

Forma, effectus, origo, & ratio pupillaris substitutionis.

Liberis suis impuberibus, quos in potestate quis habet, non solum ita, ut supra diximus, substituere potest, id est, ut si hæredes ei non extiterint, alius sit ei hæres; sed eo amplius, ut si hæredes ei extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis hæres; veluti si quis dicat hoc modo. Titius filius mihi hæres non erit; sive hæres erit, & prius moriatur, quam in suam tutelam venerit, *id est, antequam pubes factus sit*, tunc Sejus hæres esto. *Quo casu, siquidem non extiterit hæres filius, tunc substitutus patri fit hæres: si vero extiterit hæres filius, & ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit hæres substitutus. Nam moribus institutum est, ut quum ejus ætatis filii sint, in qua ipsi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.*

NOTÆ.

Quos in potestate) Et ideo nec mater liberis suis, nec pater filio emancipato pupillariter substituere potest, *l. 2. h. t.* Sed nec avus nepoti ex filio, quem in potestate habet, nisi ex formula legis Vellejæ, *Si filius me vivo suus hæres esse desierit, &c. d. l. 2.* Oportet autem & testamenti & mortis tempore impuberem in familia esse, *l. 41. §. 2. eod.*

Velut si quis) Formula gemellæ substitutionis simplex aut vulgaris aut pupillaris, id est, quæ alterutro casu expresso fit, in utrumque casum facta intelligitur, *l. 4. h. t.* fac. *l. 2. & l. 4. Cod. eodem.* Olim de expressa pupillari, an vulgarem tacite contineret, quæsitum in Curiano judicio: de quo Cicer. multis locis, & Quintil. 7. c. 7.

Sive hæres erit, &c.) Hæc est conditio substitutionis pupillaris, & casus secundus dicitur.

Si non extiterit) Quod etiam tunc accidere intelligendum est, cum impubes patri superstes hæreditate paterna abstinet: ne dudum nomen hæredis noceat substituto, *arg. l. 67. pr. de ritu nupt. l. 68. de l. 1.* Non recte igitur Theoph. *hic.*

Si extiterit hæres) Hic casu propter utilitatem pupilli extitisse, intelligitur, etiamsi bonis paternis abstineat, *l. 12. h. t. l. 43. de acquir. hær. l. 27. de verb. aut jud.* & hoc est, quod vulgo Interpp. dicunt, nudæ sui hæredis existentia vel confirmari tabulas pupillares, fac. *l. 44. de re jud. l. 41. de acq. hær.*

Ipsi filio fit hæres) Non tantum in bonis, quæ a patre obvenerunt, sed etiam quæ aliunde, *l. 10. §. 5. h. t.* exclusis filiis legitimis hæredibus, & ipsa etiam matre, *l. 8. §. de inoffic. testament. cap. 1. §. de testam. in 6.*

Moribus institutum) Ita & Ulp. *l. 2. h. t.*

COMMENTARIUS.

1. *Neque patrem liberis emancipatis pupillariter substituere posse, neque matrem liberis omnino.*
2. *Nepoti, licet in potestate constituto, quem pater antecedit, pupillariter substitui non posse, nisi ex formula legis Vellejæ.*
3. *Utrum, ut valeat substitutio pupillaris, necesse sit, liberos in potestate esse, & cum sit substitutio, & cum pater moriatur; an satis sit, tales esse tempore mortis?*
4. *Exponitur locus Ulpiani in leg. 2.* in fin. princ. hoc tit.
5. *Vulgari casu expresso, etiam pupillarem contineri, nisi voluntas testatoris aperte refragetur.*
6. *An ex converso, expresso casu pupillari, contineatur & vulgaris?*
7. *Responsum Javoleni expositum in leg.* paterfam. 28. de reb. auct. jud.
8. *Quando accidat, ut pupillus hæres non existat, & substitutus vi formulæ vulgaris admittatur?*
9. *Quando intelligatur pupillus patri hæres extitisse hoc effectu, ut mortuo intra pubertatem, hæres ei fiat pupillariter substitutus?*
10. *Per substitutionem pupillarem excludi hæredes omnes legitimos, etiam matrem.*
11. *Excludi matrem a substituto pupillari etiam quoad legitimam.*
12. *Ostenditur idem juris esse & in pupillari tacita, cum refutatione objectorum.*
13. *Cur pupillo expedire visum sit, testamentarium a patre hæredem accipere?*

L*iberis impuberibus*) *L. 2. in princ. eodem*, puberibus in tantum non licet, ut etiamsi ab initio facta impuberi substitutio sit, pubertatis tamen adventu vis ejus extinguatur, §. *penul. infra eodem.* Cur autem solis liberis impuberibus hoc modo substitui permissum sit, in fine hujus §. dicetur.

(1) *In potestate*) Etenim patriæ hoc datum potestati est: ideo pater filio emancipato ita substituere non potest, *d. l. 5. in princ.* multoque minus mater liberis suis. Nam quod in specie *l. si mater 33. eodem*, pupillares tabulæ appellantur, quas mater filio impuberi fecit, ex eo minime concludendum est, posse & matrem liberis impuberibus pupillariter substituere. Proponitur etiam mater filio impuberi substitutionem fecisse non in casum secundum, si hæres erit, sed in primum, si hæres non erit. Vulgaris igitur illa, non pupillaris substitutio est. Pupillares autem tabulas illas Africanus appellavit, primum ratione objecti, quia substitutio facta filio dum adhuc esset in ætate pupillari: deinde quia, substitutio confertur in mortem impuberis, & in ea specie effectum quodammodo substitutionis pupillaris habet, saltem quod attinet ad bona matris, ut recte monet, atque hoc Africani responsum temperat Cujac. 2. *ad African.* Consilium hoc prudentum fuit, a quibus excogitata quoque est cautio & velut ratio quædam, quam cum vi & effectu pupillaris substitutionis etiam filio emancipato substituatur, *l. cum ex filio 39. hoc tit.* add. Duar. *ad hunc tit. cap. 14.* Non satis autem est, liberos in potestate esse, nisi simul proximum in familia testatori gradum obtineant, hoc est, sui hæredes sint testatori

toris; nam si, verbi causa, pater nepotem antecedat, non poterit avus hic nepoti pupillariter substituere, quia post mortem avi recasurus est in potestatem patris sui, d. l. 2. in princ. quo fit, ut jam non propter ætatem, aut quia impubes, testamentum facere non possit, aut hæredem ex testamento habere: sed quia filius fam. cui nec puberi testamenti faciendi jus est, & de cujus successione jure veteri omnino quæri non potuit. Plane ex formula legis Vellejæ etiam nepotibus, quos pater præcedit, substitui potest, d. l. 1. in princ. ut si avus testetur: *Filius hæres esto. Si filius me vivo suus hæres esse desierit, tum qui mihi ex eo nepos est, hæres esto. Si nepos hæres erit, & intra pubertatem decedat, Sejus hæres esto.* Quæ nepotis institutio fit ex secundo cap. legis Vellejæ, l. Gallus 29. §. seq. 13. de lib. & post. De illo quæritur, utrum, ut substitutio pupillaris valeat, necesse sit liberos in potestate esse utroque tempore, & quo fit substitutio, & quo pater moritur, an vero tales esse sufficiat saltem tempore mortis. Accurs. Bart. in d. l. 2. & vulgo Interpp. Grass. §. substitutio dist. 23. n. 5. sufficere credunt, qualitatem illam adesse tempore mortis. Doctissimi Jurisconsulti superioris ævi, Polit. Zas. Govean. in d. l. 2. Vigl. hic n. 6. Covarr. in cav. Raynut. de test. §. 5. n. 2. Duar. comm. ad hunc. tit. cap. 14. Don. 6. comm. 25. contra, utrumque tempus spectandum contendunt, tam id, quo fit substitutio, quam quo testator moritur, quibus assentior. Nam & verba juris de hac substitutione constituti conferuntur in tempus præsens substitutionis, & cum qualitas aliqua requiritur ad constitutionem alicujus actus, ea inesse debet eo tempore, quo actus geritur, l. si alienum 49. §. 1. de hær. inst. §. in extraneis 4. inst. de hær. qual. tritumque est, quod ab initio non consistit, ex post facto non posse convalescere. Accidit præterea textus satis clarus in l. cohæredi 41. 2. h. t. Verba sunt: *Si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita.* Quibus verbis Jurisconsultus aperte significat, præter tempus mortis aliud quoque esse, quo oporteat impuberes esse in familia; hoc autem tempus non aliud intelligi potest aut debet, quam id, quo fit substitutio. Pro contrariæ sententiæ firmamento adducitur d. l. 2. in fin. princ. ubi sic Ulpian. scribit: *Sed si extraneum quis hæredem scripserit, poterit ei substituere, si modo eum in locum nepotis adoptaverit, aut adrogaverit, filio præcedente.* Ex hoc loco Accurs. & Bart. probari putant, satis esse ad pupillarem substitutionem, si vel tempore mortis tantum in potestate reperiatur, cui substitutio facta est. Mihi vero contrarium hoc ipso loco non obscure significare Ulpian. videtur, nempe prius oportere extraneum nepotis loco adoptari, quam substitutio fiat: ait enim, *poterit ei substituere, si eum in locum nepotis adoptaverit.* Ut autem locus planius intelligatur, licebit paulo altius rem repetere. Docuerat Jurisconsultus, quemadmodum nepotibus, quos patres præcedunt, tuto in primum casum substitui posse; hoc est, ita substitui, ut non evanesceret substitutio, nimirum eos vel institui oportere vel exhæredari, ne in locum suorum hæredum succedentes, (quo uno casu effectum habet substitutio) præteriti rumpant testamentum, & per consequens extinguatur pupillaris substitutio. Institui autem oportere ex consilio & formula legis Vellejæ, aliter institutum haberi pro præterito. Mox subjicit, extraneum ex formula legis Vellejæ institui nihil necesse, vulgarique saltem modo institutum & succedentem postea in locum sui hæredis non rupturum testamentum. Quæ est sententia l. filio 23. 1. de lib. & post. ac proinde extraneo impuberi hæredi vulgariter substituto, & postea in locum nepotis quasi ex filio adoptato, recte, (potest enim & ex intervallo hoc fieri, l. si quis 16. §. 1. hoc tit.) substitui: eam quippe institutionem sufficere, ne successionem, quasi præteritus, rumpat: cum si post adoptionem institutio facta sit, non aliter ea valeat, quam si facta fuerit ex formula legis Vellejæ: sive enim nepos, quem pater antecedit, naturalis sit, sive adoptivus, semper ex præscripto legis Vellejæ institui debet, alioqui præteritus censetur. Qua de re abunde dictum in exegesi §. 2. sup. de exhær. lib. Cum igitur hic quæratur de eo, qui extraneus sit, non tempore substitutionis, sed institutionis; tantum abest, ut hic locus confirmet contrariam sententiam, ut eam etiam refellat. Non possum ergo non mirari Bachovium, qui hanc explicationem, quæ tam aperte & verbis & menti Jurisconsulti ac rationi juris per omnia conveniet, divinatoriam appellat. Illa, quæ ipse pro tuenda communi sententia affert, nihil aliud esse, quam meras divinationes, facile quivis animadvertere poterit.

Veluti si quis, &c.) Formula mixtæ & gemellæ substitutionis, quæ a Modestino duplex dicitur, quia utrumque casum complectitur, & substitutionis vulgaris & pupillaris, l. 1. §. 1. hoc tit. Atque olim quidem, ut credibile est, qui sibi & liberis suis in utrumque casum prospectum vellent, ex consilio Jurisconsultorum disjunctiva hac formula ut fuerunt; vel quia ex plurium sententia substitutio non operabatur ultra casum expressum, vel quia ob diversitatem sententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc juris erat. Postea autem Impp. Marci & Severi constitutione introductum, ut si pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substitutus intelligeretur, l. 4. in pr. eod. Primum igitur quod positum extra omnem controversiam, vulgari casu expresso continebitur etiam pupillaris: veluti si pater impuberi filio hæredi instituto ita substituat: *Si filio hæres non erit; Titius esto.* Hic enim placet, Titium etiam in hunc alterum casum *& si filius hæres erit, & impubes decesserit*, tacite substitutum videri, d. l. 4. in pr. nisi voluntas testatoris aperte refragetur, l. 4. C. eod. Etenim quod pupillaris substitutio hic quoque admittitur, id fit ex sola conjectura voluntatis, quæ hinc dicitur, quod credibile sit, eum, qui aliquem sibi hæredem esse voluit, si filius non esset, voluisse quoque eundem esse hæredem filio, si filius hæres esset, & intra pubertatem moreretur: utroque enim casu pariter substitutum dilexisse videtur, nec sibi magis prospexisse, quam impuberi filio, cui etiam utile esse creditur, hæredem a patre accipere, l. Julianus, 42. de acquir. hæred. In voluntate autem testatoris manifeste contraria hujusmodi conjecturis non utimur. Quapropter si ille vel nominatim alium in secundum casum substituit, vel in conditione vulgaris substitutionis personam comprehendit, cui pupillariter substitui nequeat, hic qui in primum casum substitutus est, minime intelligi debet substitutus quoque esse in casum secundum contra manifestam voluntatem testatoris; qui aut expresse in secundum casum substitutum dedit, §. 3. infra eodem, aut in conditione substitutionis eum adjecit, cui in secundum substitui non potest; quod cum fit, palam est, testatorem in eum duntaxat casum substitutionem fecisse, quo utrique hæredum substitui poterat, d. l. 4. §. 2. l. Lucius, 45. hoc tit. d. l. 4. C. eodem. (6) Porro etiam vice versa expresso casu substitutionis pupillaris dicimus contineri & casum vulgaris. Cæterum hic nobis litem movent Polit.

de

de subst. pupill. quæst. 8. *num.* 39. Vigl. *hic*, *num.* 19. Anton. Fab. *decis.* 32. *err.* 9. & 10. pauci (quamquam nonnullos alios Viglius laudat) sed magni viri. Hi multis in contrarium disputant, ac serio contendunt, in substitutione pupillari expressa vulgarem tacite nunquam contineri. Nos quidem numero Interpretum nobiscum sentientium longe superiores sumus, sed hoc parum est, nisi legum auctoritate vincimus & ratione. Videamus ergo, an in hac quoque parte nobis cedere debeant. Auctoritate defendimur duplici: primum verbis ipsius constitutionis Imperatorum Marci & Severi relatis a Modestino *d. l.* 4. *in princ.* quæ hæc sunt: *cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset*, *in utrumque*, &c. Non ait Jurisconsultus, *cum pater in primum casum*, quomodo Imperator, loqui debuerant, si tantum in vulgari casu expresso pupillarem contineri significare voluissent, sed *cum in alterum casum*, hoc est, unum ex duobus sine ulla distinctione, primus an secundus tantum expressus fuerit. Secundo & evidentius auctoritate ejusdem Modestini in terminis quæstionem hanc proponentis & decidentis in *pict. leg.* 8. §. 2. Qui duos habeat filios, unum puberem, alterum impuberem, utroque hærede instituto, puberem impuberi substituit in eum casum, quo impubes hæres existeret, & intra pubertatem moreretur, ait Jurisconsultus, hoc casu fratrem puberem in utrumque eventum substitutum videri. Quod autem in fine ejusdem responsi monet, ad evitandam omnem quæstionem cautius facturum patrem, si in utrumque casum expresse impuberi substituat, hoc apparet eum facere propterea quod in specie mutuæ substitutionis, qualem ille proposuerat, nimirum cum uterque alteri substituitur, filius impubes puberi vulgariter, pubes impuberi pupillari, voluntatis quæstio moveri posset, an non quemadmodum pater in unum duntaxat casum, hoc est, in vulgarem puberi substituit, ita vicissim in unum quoque casum tantum, hoc est, in pupillarem videri debeat impuberi substituisse. At hujusmodi quæstioni post Divi Marci constitutionem locus non est, cum non uterque alteri in casus diversos, sed uni duntaxat, cui in utrumque casum substitui potest, substituitur alter, sive solum in primum, sive solum in secundum casum. Denique a ratione non magis alienum est, hanc inducere voluntatis conjecturam, quod substitutus in secundum casum videatur etiam substitutus in primum, quam quod in primum substitutus intelligitur quoque substitutus esse in secundum. Immo fortior voluntatis conjectura pro illo, quam pro hoc, quod etiam Domin. Christin. *vol.* 4. *decis.* 15. *num.* 4. notat. Nam cum pater filium hæredem instituit, quem etiam sperat sibi hæredem fore, & bona, quæ relicturus est, consecuturum eum, quem filio hæredi facto substituit, & ad quem consequenter mortuo filio pariter cum bonis filii postea quæsitis sua quoque pertinere voluit, magna causa præsumptionis est, patrem voluisse etiam filio hærede non existente, sibi hæredem esse in suis solius bonis: quæ præsumptio tanto major in hoc casu, quam in superiore, quanto magis apparet, testatorem dilexisse eum, quem una cum suis bonis filii quoque bona si quæ postea obvenerint, habere voluit, quam eum, quem expresse sibi tantum hæredem fecit. (7) Ex quo vel solo nullo negotio refelli possunt rationes eorum, qui contra sentiunt; nam auctoritate quidem illi nulla nituntur, nisi quod Anton. Faber nobis objicit Javolenum in *l. paterfamil.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* Quo tamen loco longe aliam quæstionem Jurisconsultus tractat; nimirum an creditoribus paternis in substitutum impuberis, qui patris se hæreditate abstinuit, actio detur, sive an substitutus æs alienum patris agnoscere, & creditoribus ejus respondere teneatur; an vero hæreditates, quas nuda existentia potestate juris civilis conjunxit, possit separare. Quod si inde colligit Faber, substitutum impuberi in casum pupillarem, pupillo abstinente, hæreditatem patris non posse vi aliqua tacitæ substitutionis vulgaris; eadem ratione collegeris, nec legitimos hæredes abstinente pupillo posse patris hæreditatem cernere. Et quidni præsupponendum esse dici possit, in quæstione a Javoleno proposita substitutum quoque repudiasse manifeste damnosam hæreditatem, utcunque virtute tacitæ substitutionis vulgaris sibi delatam? Ac mihi, quod ad illam quæstionem attinet, idem sensisse videtur Javolenus, quod successor ejus Julianus, cujus sententia ut pupilli utilitatem impugnans notatur a Marcello & Ulpian. *l. Julianus*, 42. *de acquir. hæred.* Agitata fuit quæstio nostra jam olim in judicio centumvirali inter hæredes legitimos Coponii cujusdam & M. Curium, cujus rei Cicero multis in locis, & Quintilianus *lib.* 7. *instit. orat. cap.* 7. meminerunt. Coponius posthumum hæredem instituerat, eique, si antequam in tutelam suam veniret, decessisset, Curium hæredem substituerat. Cum posthumus natus non esset, exorta de hæreditate controversia est inter hæredes testatoris legitimos & substitutum. Q. Mucius defendit, legitimis hæredibus locum esse factum, quoniam Curius ita substitutus erat posthumo, si posthumus impubes moreretur, jam vero posthumum ne natum quidem esse, ac proinde defecisse conditionem substitutionis. Mucio contradixit L. Crassus, atque iisdem argumentis, quibus nos usi sumus, probavit Centumviris, M. Curium nihilominus ex substitutione hæredem esse oportere. Quod judicium, ut communem sententiam vindicat ab illis, quas Vigl. & Fabr. proferunt, absurditatibus, ita ipsum, cum res adhuc dubia maneret, propter auctoritatem, ut credibile est, Q. Mucii constitutione Impp. Marci & Severi confirmatum est. Plane in substitutione exhæredato facta eamdem interpretationem non esse admittendam facile concedam.

(8) *Quum in suam tutelam venerit*) Antiqua locutio, qua veteres pupillarem ætatem significabant, hoc est, eam, quæ tutorum potestati subjecta est: nam pubertate tutela finitur; & post eam ætatem adolescens suæ tutelæ esse incipit, quamvis curatorum adhuc auxilio regatur. Utitur hac loquendi formula M. Tullius, cum alibi sæpe, tum *l.* 1. *de Orat.* & *l.* 2. *de inv.* Nostri passim, Jav. *l. cum ex filio* 39. *h. t.* Ner. *l. pater filio* 54. *de hær. inst.* Jul. *l.* 8. §. 1. *de bon. poss. sec. tab.* Paul. *l. si filiæ fam.* 51. *de l.* 3. Prætor in edicto suo *l.* 5. §. 2. *quib. ex caus. in poss.*

Si quidem non extiterit hæres filius, *tunc substitutus patri fit hæres*) Quando ergo accidit, ut pupillus hæres non existat, & substitutus vi vulgaris formulæ patri hæres sit? An tunc solum, cum pupillum ante patrem defungi contingit, an vero etiam tunc, cum patri superstes, paterna hæreditate abstinet? Et Theophilus quidem scribit, ex verbis formulæ vulgaris tunc solum substitutum venire, & patri hæredem fieri, cum filius, vivo adhuc patre, mortuus est. Ego vero censeo, etiam tunc, cum impubes patri supervixit, & expresse bonis paternis se abstinuit, posse substitutum defendere ex substitutione patris hæreditatem sibi delatam, conditionemque hanc; *Si hæres non erit* ex mente testatoris expli-

candam, ut ea extitisse intelligatur, non cum quis nudo nomine tenus, sed re ipsa & cum effectu hæres factus est. Sic Jurisconsulti in *leg. non solum 67. de rit. nupt. l. si post 68. de legat.* 1. aperte negant, filium, qui se abstinuit, hæredem extitisse. Nam licet etiam is, qui se abstinuit, jure civili adhuc pro hærede habeatur, unde dicitur non esse sine hærede, qui suum hæredem, licet se abstinentem habet, *l. cum quasi 30. §. sed & si 10. de fideicomm. lib.* atque hæc res etiam sua habeat effecta: *l. 12. h. t. l. filius 41. cum l. seq. l. ult. de acquir. hæred. l. paterfamil. 28. de reb. auct. jud. possess.* tamen in proposito nudum nomen hæredis sive nudam illam existentiam considerare non oportet: alioqui nullo modo vulgariter suo hæredi substitui posset. Et cum, ut docuimus initio *tit. præced.* conditio ista: *Si hæres non erit*, etiam casum voluntatis contineat, & consequenter tamquam conditio protestativa necessitatem tollens filium hac in re ad instar redigat hæredis voluntarii, per *leg. 4. in princ. l. jam dubitari 86. de hæred. instit. l. 12. de condit. inst.* ut jam pro concessa sibi a patre potestate suo arbitrio velle aut nolle possit, & citra beneficium Prætoris jure civili se abstinere; sane in casu nostro hæreditas pro acquisita neutiquam haberi debet. Resp. quæ notavimus ad *d. princ. præc. tit.*

Si vero extiterit hæres filius) Videamus item quando filius patris hæres extitisse intelligatur cum hoc effectu, ut filio intra pubertatem mortuo, hæres ei fiat pupillariter substitutus. Et certi juris est, si filius decesserit post immixtionem, substitutum admitti, hæredemque fieri filio. Nec dubitatur, quin idem juris sit, si filius mortuus sit non declarata voluntate sua super immixtione aut abstentione. Verum illud bellissime quæritur, an etiam filio, qui expresse abstinuit, intra pubertatem mortuo, substituto pupillari locus fiat, & quod dicitur, nuda hæredis sui existentia confirmentur tabulæ patris & pupilli? Dixeris enim, nudam existentiam vim istam habere non posse, ac proinde substitutum in proposito excludi, quem si admittimus, nudæ existentiæ tribuimus vim aditionis: cui consequens hoc absurdum est, suo hæredi frustra in vulgarem casum substitui, cum vulgaris substitutio adita hæreditate expiret. Ad hæc cum dicamus, in substitutione vulgari verba hæc: *Si filius hæres non erit*, ex mente substituentis patris sic accipienda esse, si immiscere se paternæ hæreditati noluerit, etiam ex contrario quæ sunt pupillaris substitutionis: *Si filius hæres erit*, sic accipi oportebit, si bonis patris se immiscuit: ut utrobique immixtio, non nuda existentia cum aditione conferatur. Quibus etiam accedit, quod apud Julianum relatum est, si duo fuerint a patre instituti cum filio impubere, eidemque substituti, necesse esse ad tabulas patris confirmandas unum ex iis hæreditatem patris adire, *l. 11. §. 5. ad SC. Treb.* Cæterum quominus ita statuamus impeditur textu expresso *l. 12. h. tit.* item his locis *l. Justinianus 42. de acq. hær. l. paterfamil. 28. de reb. auct. jud. poss.* ubi disputant Jurisconsulti, an pupillo, qui abstinuit bonis patris, mortuo substituto concedi debeat separatio bonorum patris & filii, ut ex substitutione pupilli tantum hæreditatem adeat. Stulte & inepte, si substitutus abstinente pupillo nullo modo ex substitutione venire potest. Dicendum ergo omnino est, etiam in casu præsenti, cum pupillus abstinuit, ex substitutione pupillari hæreditatem deferri substituto, nudæque sui hæredis existentiæ vi confirmari tabulas pupillares; quod etiam perspicue probat *l. ex contractu 44. de re jud. l. filius 41. de acq. hær.* Nec vero adeo absurdum videri debet, quod in substitutione pupillari vim aditionis tribuimus existentiæ; in vulgari autem non nudæ existentiæ, sed immixtioni: non enim necesse est ut nomen hæredis aut existentiæ in utriusque substitutionis conditione eodem modo explicetur aut accipiatur. Nam ut concedamus, etiam in pupillari substitutione patrem his verbis: *Si filius mihi hæres erit*, de hærede, qui cum effectu hæres futurus sit, cogitasse: ratio tamen juris & favor pupilli postulant, ut sola existentia quoad effectum, de quo quærimus, pro aditione habeatur, & sustineantur tabulæ pupillares. Plane si filio datus sit cohæres extraneus, vulneratur suitas, ut loquitur Porc. *ad tot. de Attil. tut.* atque hic quia vires testamenti a cohærede quoque pro parte pendent, ad confirmationem tabularum & substitutionis pupillaris non sufficit, filium sola potestate juris pro parte sua hæredem extitisse, sed si hic se abstinuerit, ut tabulæ valeant, necesse est, ut patris hæreditas ab extraneo adeatur, *dict. leg. 11. §. 1. ad SC. Treb.* Atque ita quoque explicanda *l. 2. §. 1. h. tit.* Etenim sui hæredis nuda existentia, quæ fit ἐν ἀτόμῳ, & ipso momento mortis paternæ, non potest in solidum confirmare testamentum, ubi eodem tempore adest hæres alius, qui adire potest. Vid. Bart. *in leg. 12. hoc tit. & dict. leg. 11. §. 1. ad Treb.* qui meo judicio felicius hæc expendit, quam vel Cujac. *26. observ.* 1. vel Ant. Fab. *decis. 31. err. 8.* add. Bachov. *in Treutl. vol. 2. disp. 12. thes. 3.*

Ipsi filio fit hæres substitutus) Et in tantum succedit, quantum filii fuit, cum is moreretur, sive a patre obvenerit, sive quæsitum aliunde. Testamentum enim pupilli hic est, in quo testator non suis bonis, sed impuberis hæredem substituit *l. sed si 10. §. ad substitutos 5. hoc tit.* Excipitur substitutus adrogati, ad quem nihil amplius ex substitutione pertinere potest, quam quod ad impuberem pervenit ex bonis aut beneficio adrogatoris, *d. l. 10. §. in adrogato 6.* Quia vero ex notissima ratione juris quamdiu ex testamento defertur hæreditas, aut saltem spes est fore, ut deferatur, hæredes ab intestato succedere non possunt, certum est, legitimos pupilli hæredes, id est, eos omnes, qui citra substitutionem pupillo ab intestato successuri fuissent, a substituto hæreditatem admittente excludi, & consequenter etiam matrem pupilli: quamquam de ea ratio est, cur dubitetur. Nam mater præ reliquis legitimis hæredibus hanc prærogativam habet, quod a liberis præterita testamentum eorum inofficiosum dicere possit, aut ex *Nov. 115.* ipso jure evertere, utique si vera est communis opinio; quod nunc non disputo. Cum igitur mater hoc jus habeat; cum liberi per se testamentum faciunt, videri potest idem jus etiam tunc matri competere, cum non liberi ipsi sibi, sed pater eis testamentum faciat: nam quod quis ex persona & nomine alieno faciat, majorem vim habere non potest, quam haberet, si ille ipse id fecisset, cujus nomine factum proponitur, *l. minor 51. §. 1. de proc. l. 13. §. penult. de damn. inf. l. 10. Cod. de hæred. inst. cap. quod per alium de reg. jur. in 6. cum simil.* Contrarium tamen diserte ab Ulp. responsum *l. 8. §. 5. de inoffic. test.* est, nempe matrem impuberis non posse testamentum inofficiosum dicere adjecta hac ratione, quia pater hoc ei fecit: quibus verbis hoc significare voluit Jurisconsultus, querelam inofficiosi testamenti hoc colore instituendam, quasi non sanæ mentis fuerit, qui testamentum ordinavit; hujus autem rei pupillum argui non posse, quia ipse

ipse testamentum non facit, uxori vero contra mariti testamentum querelam non competere; quæ ratio etiam admissa communi Doctorum opinione accommodari potest ad jus novum. Quicquid enim novi juris a Justiniano constitutum est, ideo tantum pertinet, sicut ipse testatur, ut præteritionis & exhæredationis amoveatur injuria, quæ nulla matri a pupillo illata. Neque vero pater, cum liberis suis testamentum facit, testatur ex persona & nullo nomine liberorum, sed jure proprio atque ex persona sua, vi scilicet & potestate juris patrii. Hoc ipsum manifeste quoque confirmat *l. 9. Cod. h. t.* quo loco Justinianus prohibet admitti querelam contra substitutionem mente capti, idque ait se constituere ad exemplum substitutionis pupillaris. (1) Negata querela consequens omnino est, matrem a substituto pupillari excludi etiam quoad legitimam: idque constitutione Bonifacii VIII. nominatim expressum est *cap. 1. in fin. de test. in 6. Licet filius*, inquit Pontifex, *testamento suo matrem portione jure naturæ debita privare non possit: pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest*. Bocerus *comment. ad hunc §.* putat, matrem, etsi per querelam rescindere testamentum non potest, alia tamen via legitimam consequi posse, nimirum conditione ex lege; quoniam generaliter cautum est, ex bonis liberorum matri legitimam esse relinquendam, *l. omnimodo 30. l. quoniam 32. Codice de inoffic. test. Nov. 1. in princ.* Sed jam probavimus, id verum esse, quando liberi ipsi testantur, non cum pater pro suo jure iis testamentum facit. Neque assentiri possum Menochio, qui *l. 4. præsumpt. 38.* existimat excludi quidem matrem a legitima, quantum ad bona patris attinet; non autem quoad bona filii: siquidem pater in testamento, quod filio impuberis facit, non tam de suis, quam impuberis bonis disponit, & exhæredato quoque dat substitutum. Atque illud omnino fixum esse debet, qui suo jure queri de inofficioso non potest, quamvis ex testamento nihil consecutus sit, eum nec petere posse legitimam, ut bene disputat Fachin. *lib. 4. contr. 42.* & est communis hæc opinio, Gomez. *1. resol. 4. n. 7.* Vasq. *lib. 2. de succ. prog. §. 11. n. 24.* Grad. *§. substitutio quæst. 12. n. 5.* Porro si hoc obtinemus in substitutione pupillari expressa, nulla ratio est, cur non idem statuamus in tacita, quæ vulgari expressa continetur. Nam ex constitutione Impp. Marci & Veri hic non minus testamentum, atque ex eo hæredem pupillus habeat, quam si expresse in casum quoque pupillarem substitutum accepisset, ratio juris efficit, ut nemo, sive mater sit, sive quis alius, ad legitimam pupilli successionem venire possit, aut per querelam testamentum evertere. Quæ sententia, etsi a DD. comm. improbata est, tamen aperte satis confirmatur a sensu contrario *in l. 2. C. h. t.* in qua Impp. respondent, ideo in specie illic proposita matrem admitti, quia testator, filio impubere, & aliis, quibusdam personis non ejusdem conditionis hæredibus institutis & invicem substitutis, non intelligitur sensisse de alio casu, quam qui in omnium persona locum habere potest, id est, de vulgari tantum: quo non obscure significatur, si personis omnium uterque casus conveniret; aliud respondendum esse: quo etiam faciunt, *l. Lucius 41. h. tit. l. 4. Cod. eodem*. Sed duo loci hic nobis objiciuntur *l. precibus 8. Cod. h. t. l. ult. Cod. de inst. & subst.* Ad priorem expedita responsio est, constitutionem D. Marci non pertinere ad testamentum militis, de quo loquitur *dict. lex 8.* quippe militum testamenta non reguntur legibus aut constitutionibus: sed ex nuda, simplici, ac prout verbis expressa est, voluntate æstimatur, *l. 6. Cod. de testam. milit.* ut proinde in horum testamentis vulgaris expressa non contineat tacitam pupillarem substitutionem: idemque esset, etsi non mater in specie illic proposita & decisa, sed frater aut alius pupilli legitimus hæres fuissent. In *leg. ult. Cod. de inst. & subst.* hic casus proponitur: Testator posthumum & uxorem hæredes scripsit, & si posthumus natus non esset, Mævium sibi hæredem esse voluit. Natus est posthumus, & impubes superstite matre decessit. Papinianus & Ulpianus putaverunt, voluntatis esse quæstionem, & matrem potius, quam substitutum ad successionem impuberis admittendam: & secundum eos Justinianus quæstionem sic decidit, ut nolit substitutionem istam vim tacitæ pupillaris habere adversus matrem, id est, si posthumus natus impubes viva matre decesserit: sin illa prior mortua sit, valere adversus cæteros. (2) Quis vero non videt, hujus constitutionis speciem & rationem singularem esse, ac proinde non facile ad alios casus porrigendam? Ostendunt hoc verba, *in hac specie*, *in hujusmodi casu*, & quo colore alioqui Pap. & Ulp. post constitutionem Divi Marci voluntatis hic esse quæstionem respondissent? Credibile autem est, Jurisconsultos & Imp. in casu, *ut propositus est*, considerasse primum, quod mater ex parte hæreditatis & ipsa instituta fuit, posthumoque cohæres data, etsi posthumum nasci non contingeret. Hinc enim non levis conjectura pro matre oritur, quod scilicet testator uxorem suam, quam ita dilexit, ut eam sibi quoque cum filio hæredem esse voluerit, minime credendus sit voluisse excludere a luctuosa hæreditate filii. Deinde quod substitutio facta proponitur, non in casum illum generalem & germanum substitutionis vulgaris, *si filius posthumus hæres non erit*, sed in casum specialem, & nominatim in hunc, *si posthumus natus non erit*. Unde iterum nova conjectura pro matre, nimirum non temere, ubi mater in medio est, & præsertim cohæres posthumo data, hunc casum, *si posthumus natus non erit*, trahendum esse ad oppositum, *si posthumus natus fuerit, & impubes decesserit*: ne fiat contra voluntatem testatoris, qui non videt eum quem posthumo substituit; & sibi hæredem designat nominatim in eum casum, quo posthumus natus non fuerit, & quo existente nec mater, nec filius, nec hæreditas filii intelligi potest, etiam in contrarium casum, si natus fuerit posthumus, & viva matre decesserit, ipsi posthumo hæredem esse voluisset, exclusa matre a luctuosa filii hæreditate. Proinde concludimus, pro substituto semper respondendum esse, etiam cum mater in medio est, sive de expressa, sive de tacita pupillari quæratur, quoties ex certis aut probabilibus conjecturis colligi non potest, voluntatem testatoris refragari: ita & Vigl. *hic*. Don. *ad l. 8. C. h. t.* Vaud. *1. q. 44.* Ant. Fab. *15. conj. 9. & seq. & dec. 33. err. 5.* late Vasq. *de succ. prog. §. 15. n. 55. & seq.* Diff. & DD. *comm. in d. l. 9.* Gomez *1. resol. 4. n. 8.* Covarruv. *in cap. Raynutius 11, de test. §. 4. n. 6.* Fachin. *4. controv. 40. & 41.* D. Tuld. *comm. hic, c. 3. & ad C. h. tit.* Perez. *ibid. n. 26. & 27.* Christ. *vol. 4. dec. 15. n. 5.* Ubi etiam refert, Supremum Senatum Mechliniensem aliquando censuisse, per substitutionem in pupillo factam, ne expressam quidem, matrem hodie legitima privari posse. Sed hoc, opinor, ex eo est, quia in Belgio, utique in plerisque Belgii provinciis, substitutioni pupillari plane non est locus; de quo pluscula sub *§. ultimum infr. eodem*.

Moribus institutum) Vulgaris substitutio confirmatur lege 12. Tabularum his verbis: *Uti quisque legassit super pecunia sua*. Pupillaris ad eam legem non pertinet: quippe in qua pater non de sua pecunia suisve bonis, sed alienis, id est, liberorum, disponit, *l.* 10. §. *ad substitutos* 5. *h.t.* sed substitutio hæc moribus introducta est, *l.* 2. *in princ. h.t.* & quod patri lege duodecim Tabularum permissum erat in tutela, ut liberis impuberibus in potestate constitutis testamento tutorem daret, hoc consuetudine paulatim tractum ad pecuniam quoque & fortunas liberorum, ut his patri liceret liberis in ea ætate, qua ipsi testamentum facere non possint, testamento hæredem dare, continuata vi patriæ potestatis, etiam quantum ad bona liberorum attinet, post mortem patris usque in eam ætatem, qua jam ipsi liberi sibi testamentum facere possent, id est, usque ad eorum pubertatem, qua adveniente substitutio expiraret. Atque hoc ipsum in gratiam ipsorum impuberum introductum est, quibus non solum honorificum, sed etiam utile videbatur, hæredem testamentarium, & eum, qui patris jussum, hæredem testamentarium, & eum, qui patris jussu, hæredem testamentarium, habere, *l.* 42. *de acquir. hæred.* Ob dicio datus esset, habere, *l.* 42. *de acquir. hæred.* Ob id autem potissimum utile, quod ea ratione fiat, ut agnatorum insidiis minus exposita sit vita pupilli, quamdiu ignoratur, quis ei successor futurus sit, propter quam causam cavere olim patres solebant, ne pupillares tabulæ, vivo adhuc & impubere filio, aperirentur, §. *fin. autem* 3. *infr. eod.* VINN. Vulgo quidem negant pupillarem substitutionem esse ex duodecim Tabulis propter *l.* 2. *princ. ff. de vulg. & pupill. subst.* ubi ejus origo MORIBUS adscribitur, quum contra vulgaris diserte ex duodecim Tabulis manasse dicatur in *leg.* 10. §. 5. *ff. eodem.* Sed non pugnant illa, moribus aliquid introductum, & tamen ex duodecim Tabulis esse, quum in illa migrasse πάντας τὰς πατρίους ἐθισμούς vel ἀγράφους νόμους, testetur Dion. Hal. *lib.* 2. *pag.* 69 *& lib.* 20. *pag.* 676. Sanxerant Decemviri; *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*. RES ratione patris erant & liberi, qui & mancipari poterant, Cajus *Inst. l.* 1. *tit.* 6. §. 3. & vindicari *l.* 1. §. 2. *ff. de rei vind.* quin iis surreptis locum habeat actio furti, *l.* 38. §. 1. *ff. de furt.* Quemadmodum itaque tutela testamentaria est ex duodecim Tabulis, quia paterf. potest *legare de tutela suæ rei*; ita ejusdem originis erit pupillaris substitutio, quia Decemviri patrif. concesserant *legare super pecunia suæ rei*. HEIN.

TEXTUS.

De substitutione mente capti.

1. *Qua ratione excitati, etiam constitutionem posuimus in nostro Codice, quo prospectum est, ut si qui mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes, cujuscumque sexus, vel gradus, liceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere: sin autem resipuerint, eamdem substitutionem infirmari sancimus, & hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quæ postquam pupillus adoleverit, infirmatur.*

NOTÆ.

1. *Constitutionem*) *l.* 9. *Cod. de imp. & al. subst.* olim opus erat speciali privilegio, *l.* 43. *h. t.*

Ut si qui habeant filios) Licet non habeant in potestate, *d. l.* 9. ibi, *qui vel quæ testatori* vel *testatrici*.

COMMENTARIUS.

1 *Qua ratione & consilio exemplaris substitutio introducta?*
2 *Utroque parente superstite & exemplariter substituente; patris potius quam matris substitutionem ratam esse.*
3 *Substitutionem exemplarem etiam ad furiosos & prodigos, adeoque ad mutos & surdos quoque posse porrigi.*
4 *Etiam impuberibus mente captis, & a patre, in cujus potestate sunt, exemplariter recte substitui.*
5 *Eum quoque, qui exemplariter vult substituere, debere sibi prius testamentum facere.*
6 *Si plures sint mente capti liberi vel fratres, posse vel unum ex his substitui.*
7 *An etiam exheredatis exemplariter substitui possit?*
8 *An substitutio exemplaris per resipiscentiam infirmata vires recipiat redeunte morbo?*

HOc §. agitur de substitutione mente capti, quæ pupillari substitutioni finitima est, atque ejus species quædam imperfecta, unde a nonnullis quasi pupillaris dicitur. Veteres Interpp. exemplarem vocant, eo quod ad exemplum pupillaris introducta est; Sciendum vero, ante tempora Justiniani neque lege, neque moribus licuisse parentibus liberis suis puberibus testamentum facere sive substituere prætextu vitii alicujus, sive animi sive corporis, ob quod ipsi testamentum facere non poterant, nisi, ut id sibi liceret, specialiter a Principe impetrassent, *l. ex facto* 43. *h.t.* quod quia vel non semper impetrari, aut non sine magna molestia poterat, humanum tamen videbatur, Justinianus jus regulare fecit, atque ex privilegio commune, data parentibus potestate, quantumvis non impetrata a Principe licentia, liberis suis mente captis, licet puberes sint, ad eum modum substituendi, quo jam antea ex more recepto parens filio impuberi substituere poterat, nimirum in eum casum, quo hæredes existerent, & in eadem constitutione mentis decederent, *l. humanitatis* 9. *Cod. h. t.* Utriusque hujus substitutionis similitudo & dissimilitudo ostendetur in progressu.

Qua ratione) Nimirum eadem illa, quam modo dixit causam fuisse comparandæ atque in mores inducendæ substitutionis pupillaris. Hoc enim significat, eadem ratione, qua antea receptum fuit, ut parentes liberis impuberibus testamentum facerent, quia scilicet liberi ipsi propter ætatem sibi facere non poterant, se excitatum permisisse parentibus substituere liberis etiam puberibus, qui non sanæ mentis sunt, & ob eam causam ipsi testari non possunt. VINN. At non plane eadem est substitutionis ratio. *Pupillaris* enim πατρικῇ nititur patria potestate: *exemplaris* φυσικῇ illa parentum naturali. Quare illa fit a solo patre: hæc ab utroque parente. HEIN.

Ut si qui) Sine distinctione sexus aut gradus aut potestatis parentum: ne quis ex similitudine substitutionis pupillaris hoc ad eos parentes tantum referat, qui liberos habent in potestate. Etenim substitutio hæc non ex ratione aliqua juris civilis, sed ex sola humanitate, affectione, pietate & cura parentum erga liberos introducta est, quæ eadem est in omnibus parentibus, *dict. leg.* 9. quod tamen timidius diceremus, nisi ipsis legis verbis parentibus omnibus eadem potestas tribueretur: *parenti, qui vel quæ testatur*; *testatori* vel *testatrici*. Poterit igitur & mater hoc modo substituere, & avia, & pater, filio emancipato. Quod si mente capto uterque parens superstes sit, rationi juris consentaneum est, ut patris potius, quam matris substitutio rata sit,

fit, ut recte Vasquez. *lib.* 2. *de success. progress.* §. 17. *num.* 39. & *seqq.* Donell. *comment.* 27. Quamvis receptum magis, ut cujusque substitutio valeat in bonis ab eo profectis, teste Sichardo in *dict. l.* 9. *num.* 8. quod etiam probant D. Perez. *in Cod. h. tit. num.* 31. & D. Tuldenus *in comment. hic cap.* 10. Sed hoc neque naturæ hujus substitutionis communi cum pupillari videtur convenire; nam utraque fit bonis liberorum omnibus: & insolens est, aliquem cum duobus testamentis decedere; quamquam fortassis subtilitatem istam mores hodierni non usque adeo curent. Atque hæc est prima hujus substitutionis & pupillaris differentia.

Mente captos) Furiosum quoque mente captum esse, id est, lumine mentis carere, certum est. Sed usu veterum mente captus a furioso distingui solet, & furiosus dici, qui rabie quadam agitur; mente captus, qui in quiete magis est, nulla fere signa ostendens extrinsecus: & dementia plerumque vitium naturale est ac perpetuum; furor sæpe remissionem ac intervalla morbi & sanitatis habet. Hinc dubitatum aliquando, an quæ de mente capto constituta sunt, ad furiosum per interpretationem sint producenda: quæ dubitatio circa hunc quoque §. & *dict. l.* 9. incidit, propterea quod utrobique mente capti tantum Justinianus meminit. Et vero potest aliquando justa esse causa dubitandi, veluti cum D. Marcus permisisset filio mente capto uxorem ducere, exorta apud veteres dubitatio fuit, an id quoque ad furiosi filium porrigendum esset: quoniam in mente captis nullæ sunt morbi induciæ, furiosi autem plerumque intervallis quibusdam sensu saniore sunt, quod tempus expectandum videri poterat. quam tamen dubitationem sustulit Justinianus, producta D. Marci constitutione ad furiosi quoque filium, *l. si furiosi*, 25. *Cod. de nupt.* Cæterum in proposito non video, quæ possit esse dubitandi causa, cum omnino hic eadem ratio sit utriusque; & furore intermisso, liberis ipsis, si in potestate non sint, testari permissum, ac testamentum paternum abolere. Fac. *lex ex facto*, 43. *in princ. vers. nam & si h. tit. l.* 2. *C. de cur. furiosi* ubi furiosus & mente captus pro eodem ponuntur. Et recte igitur Theoph: vertit μαινόμενος ἤγουν φρενίτης. Quinimmo putarem, constitutionem Justiniani ad prodigos, atque adeo surdos & mutos quoque liberos porrigendam; quo casu ipsi testari non possunt: quæ & communis sententia est, fundata in constitutionis humanitate & ratione, quæ his omnibus convenit, nimirum ut qui ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant; quodque olim non licebat nisi ex privilegio, nunc liceat communi, Gom. 1. *resol.* 9. *num.* 3. & Covarr. *in cap. Raynutius* §. 6 *num.* 1. Graff. §. *substitution. q.* 44. *num.* 4. & 6. quamvis aliud visum Viglio *hic*, Govean. *in dict. l. ex facto*, 43. *h. tit.* D. Tulden. *in comment. hic cap.* 10. Perez. *in Cod. eod. num.* 30. *arg. leg. quod vero*, 14. *de legib.* cui occurri potest ex D. Præside *loc.* 79. *num.* 18. & *seqq.* Plane ad phræneticos constitutionem non pertinere tradunt communiter DD. & probat Vasquez *dict.* §. 17. *num.* 108. per verba constitutionis *perpetuo*, Graff. *d. q.* 44. *num.* 3.

Vel nepotes) Eadem autem conditio hic exigitur, quæ in substitutione impuberum, ut nepotes, quibus exemplariter substituitur, post mortem testatoris non sint recasuri in potestatem patris sui, *l.* 2. *h. tit.* Nam & hæc substitutio testamentum liberorum est. Qui autem sunt in potestate, nec testamentum, nec hæredem ex testamento habere possunt, *l. pen. & ult. C. qui test. fac.* Quare & si mater substituit, mortua ea, superstite patre mente capto, evanescet substitutio secundum plerosque: ergo arbitrarer, quamdiu pater vivit, ne concedendum quidem matri esse, ut substituat, de quo late Vasq. 2. *de success. progr.* §. 1. *num.* 43. & *seqq.*

Etsi puberes sint) Secunda differentia, quæ principalis est inter hanc substitutionem & pupillarem. Ait, *etsi puberes*. Licetne ergo etiam impuberibus exemplariter substituere? De patre, qui emancipavit, non quæritur, nec de matre substituere volente, quoniam in his terminis sola exemplaris locum habet: sed de patre in cujus potestate est impubes mente captus. Ratio dubitandi orta a simili. Quemadmodum enim curatio agnatorum, in qua lex duodecim tabularum jubet esse furiosos, ad impuberes non pertinere, qui ex jure ordinario in tutela sunt, *l.* 3. *de tutel.* ita videri potest, nec pertinere ad eos hæc extraordinaria substitutio, cum pater jure ordinario his substituere possit pupillariter. Sed non sunt hæc similia: nam finita tutela succedit, & administrationem bonorum puberis suscepit curator, quem lex aut Magistratus tutori subrogat, ut in omnem eventum hic furioso prospectum sit: finita autem constitutione pupillari, & durante adhuc mentis alienatione, non succedit exemplaris substitutio, neque quisquam est, qui hæredem mente capto dare queat. Quamobrem magis est ut dicamus posse matrem etiam exemplariter filio substituere, ut duret ea substitutio etiam post pubertatem, quamdiu manet eadem mentis constitutio, ita & Duar. *in tit. de vulg. & pupill. cap.* 19. & DD. commun. Vasq. *dict.* §. 17. *num.* 68. *d.* §. *q.* 41. Dissent. D. Pacius *in not. marg.*

Ad exemplum pupillaris substitutionis) His verbis significatur, licere patri filio mente capto substituere in casum secundum, *Si filius hæres erit*, ut receptum est in pupillari. Deinde etiam debere patrem, qui exemplariter substituit, sibi prius testamentum facere, sibique in eo hæredem instituere, quam filio substituat, perinde ut in substitutione pupillari, §. *lib.* 5. *infr. eod.*

Certas personas) Differentia tertia. In substitutione pupillari licet impuberi filio quosvis substituere, etiam fratribus ejus præteritis; in substitutione mente capti non licet: sed in hac primum liberi, si quos habet, dein his non extantibus, fratres mente capti substituendi sunt; demum si nec fratres erunt, permissum substituere quemlibet, *d. l.* 9. *C. h. t.* Et notandum, quod in constitutione adjicitur, non esse necesse, si plures sint mente capti liberi aut fratres, ut substituantur omnes, sed satis esse, vel unum ex iis substitui, ut valeat substitutio, licet reliqui non sint exhæredati: nihil enim de cæteris exhæredandis exprimitur. Sed & impune posse præteriri, ex eo licet intelligere, quod adversus substitutionem denegatur querela inofficiosi; quod tamen in liberis mente captis vix est ut ab iniquitate defendi possit, vide Vasquez *d.* §. 17. *num.* 55. & *seqq.* Sed de parentum erga liberos affectione benignius præsumamus, avumque testatorem nepotibus præteritis tantumdem de propriis bonis in compensationem relicturum. Inducitur vulgo ex verbis dictæ constitutionis & alia dissimilitudo. Nam impuberibus pupillariter substitui potest, etsi nihil eis relinquatur, dummodo exhæredentur: mente captis non aliter substitui concedit constitutio, quam si legitima eis relicta fuerit: & cum igitur hodie legitima liberis relinquenda sit titulo institutionis, *Nov.* 115. non aliter testamentum paternum consistere, aut quærelam inofficiosi evadere plerique existimant, quam si li-

si liberi in eo hæredes instituti fuerint, saltem in parte aut ex re aliqua; quo casu si minus legitima relictum sit, id quod deest, eos consecuturos condictione, ex *leg.* 30. *C. de inofficiof.* nimis enim superstitiosos esse, qui negant subsistere testamentum, nisi tota legitima relicta sit. Concludunt igitur, exhæredato non recte exemplariter substitui, neque rationem humanitatis pati, ut afflictio addatur afflicto. Bartolus *in leg.* 43. *num.* 18. *h. tit.* Doctorum communiter *in leg.* 9. *C. eod.* Grass. *dict.* §. 44. *num.* 5. Quibus assentiri non possum. Nam cum etiam liberi furiosi a patre exhæredari possint, *leg.* 27. *Cod. de Epist. aud. leg. ult.* §. 5. *Cod. de cur. fur.* quod sic accipiendum est, ut possint etiam efficaciter, quamvis nihil eis relictum sit, modo exhæredentur ex causa ingratitudinis ante furorem commissæ, quod Bartolus quoque *dict. loc. num.* 19. & Doctores communiter concedunt: Vasquez *de success. creat.* §. 21. *num.* 256. non ideo, cur non & his exhæredatis possit exemplariter substitui. Sane verba constitutionis non refragantur. Nam quod de legitima relinquenda adjicit Justinianus id non eo pertinet, ut si illa relicta non sit, testamentum ipso jure sit nullum, sed quod alias per querelam inofficiosi posset everti: cujus querela ne hodie quidem vis ulla, ubi ob justam causam ingratitudinis testamento insertam hæres docere potest, exhæredationem factam esse: & quod novissime Imp. voluit, legitimam relinqui tit. institutionis, id non hunc habet sensum, si ita relicta non sit, utcumque rite facta sit exhæredatio, testamentum ipso jure non subsistere, sed tunc per querelam posse subverti: de quo uberius *infr. tit.* 18. Duar. *ad hunc tit. cap.* 20. Covarruv. *in cap. Raynutius* §. 6. *num.* 2. & 3. Bocer. *hic num.* 21.

Sin autem resipuerint, infirmari) Deficiente nimirum conditione hujus substitutionis: ut enim pupillaris substitutionis hæc propria est, *Si filius impubes decesserit*, ita exemplaris hæc propria, *Si mente captus in eadem constitutione mentis decesserit*; ac proinde ut illa pubertate, ita hæc finitur resipiscentia; quomodo veteres quoque principalia rescripta interpretati sunt, quibus specialiter aliquibus concessum erat, liberis pauperibus ob infirmitatem aliquam, propter quam ipsi testari non poterant, testamentum facere: iniquum enim esset, testamenti factionem adimere homini sani sensus & mentis, *l. ex facto*, 43. *h. tit.* ubi indicatur alius quoque modus, quo hæc substitutio infirmatur, sui hæredis agnatio. Quid autem si filius in eamdem mentis abalienationem reciderit? Zasius *tract. subst. exempl.* post Baldum & Salicet *in d. l.* 9. *Cod. hoc tit.* distinguit inter modicum & longum intervallum, ut illo casu duret, hoc evanescat substitutio, quod & Covarruvias *in dict. cap. Raynutius* §. 6. *num.* 11. probat Perezius ad *eumd. tit. C. num.* 33. indistincte negat umquam convalescere. Vasquius contra convalescere, ait, sed ita, quasi interim non extinctam, idque etiamsi filius tempore mortis paternæ adhuc sit sanæ mentis, *lib.* 2. *de success. progress.* §. 17. *num* 48. & *seqq.* quæ etiam est communis opinio secundum Jason, & alios a Vasq. & Covarruv. allegatos. Ratio juris suadet, ut dicamus cum Douell, 6. *comm.* 27. siquidem filius vivo adhuc patre in eumdem morbum reciderit, magis esse, ut substitutio duret, *argum. leg.* 6. §. 2. *de hær. inst.* §. 4. *infr. de hæred. qual.* nisi forte per id tempus, quo sanæ mentis fuit, ipse testamentum fecerit, *per* §. 1. *supr. quib. non est perm. fac. test.* Quod si in tempore mortis testatoris sanæ mentis fuerit, evanescere substitutionem, *arg. leg. cohæredi*, 41. §. 2. *h. tit.* Quæ etiam sententia videtur D. Viglii *hic num.* 19. male in contrarium allegati a D. Perezio. Ad Mant. *de conj. ult. vol.* 5. *cap.* 16. *num.* 22. & *seqq.*

TEXTUS.

Proprium pupillaris substitutionis.

2. *Igitur in pupillari substitutione secundum præfatum modum ordinata duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tamquam si ipse filius sibi hæredem instituisset; aut certe unum testamentum est duarum causarum, id est, duarum hæreditatum.*

COMMENTARIUS.

Redit Imperat. ad institutam initio disputationem de substitutione pupillari. Ait, in ea substitutione duo quodammodo esse testamenta; quæ verba captanda non sunt. Etenim hic eorum sensus est, in pupillari substitutione, quatenus sola & per se spectatur, duo esse testamenta; quæ oratio implicaret contradictionem; quippe in pupillari substitutione soli pupillo hæres datur; cujus idcirco etiam testamentum dicitur, licet patrem auctorem habeat. *leg.* 20. *h. tit.* & *passim*: ea vero pars, qua impubes in se aut alius hæres instituitur, patris testamentum constituit, nulloque modo appellari potest substitutio pupillaris. Sed ita accipienda sunt, ut simul comprehendatur ipsa impuberis institutio secundum formulam in principio traditam: quod ostendunt verba secundum præfatum modum ordinata. Hoc sensu recte dicitur, duo hic quodammodo testamenta esse, alterum patris, alterum filii. Hinc enim est, quod utriusque mors expectanda, quod duæ aditiones necessariæ, *l.* 2. §. 1. *h. tit. l.* 11. §. 2. *ad SC. Treb.* duplex item apertura tabularum, si pupillares seorsum obsignatæ, *l.* 8. *test. quem aper.* quod pater una hora sibi, altera filio hæredem facere potest, *l.* 16. §. 1. *h. tit.* sibi per scripturam, filio per nuncupationem, & contra, *d. l. patris* 20. *eod. l.* 8. *in fin. sec. tabul.* quod filio substitutus, eo abstinente, non cogitur paternis creditoribus respondere, *l. Julianus*, 42. *de acq. hær.* & apparet hoc luculentius in substitutione exhæredati.

Unum testamentum duarum causarum) Recte quoque sed servo universo, unum hic esse testamentum dicitur, *l.* 2. *prius*, 4. *d. l. patris*, 20. *h. tit. l. patremfam.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* nimirum, tum ratione causæ efficientis, quia unum duntaxat auctorem habet: tum formalis, quia unica solemnitate contentum, veluti unis septem testium signaculis, *dict. l.* 20. tum ratione subsistentiæ, quia pupillare testamentum per se non subsistit, sed paterni accessio est; quo rupto, rescisso, aut irrito facto, simul concidit, *d. l.* 2. §. 1. *l.* 10. §. 3. *l.* 16. §. 1. *eod. l.* 11. *test. quemadm. ap.* §. 5. *infr. h. t.* Atque hinc est, quod in tabulis patris & filii una Falcidia servatur, *l.* 11. §. *quod vulgo*, 5. *ad leg. Falcid.* quod juri accrescendi locus est inter patris & pupilli tabularum legatarios ut inter se conjunctos, *leg. plane*, 34. §. *sed si* 10. *de legat.* 1. & si quæ sunt alia generis ejusdem. Consulatur D. Hotomann. qui singula accurate prosecutus est.

TEXTUS.

Alia forma substituendi pupillariter.

3. *Sin autem quis ita formidolosus sit, ut timeat, ne filius*

filius suus pupillus adhuc ex eo quod palam substitutum acceperit, post obitum ejus periculo insidiarum subjaceat, vulgarem quidem substitutionem palam facere, & in primis testamenti partibus ordinare debet: illam autem substitutionem, per quam, si hæres extiterit pupillus, & intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere debet, eamque partem proprio lino propriaque cera consignare: & in priore parte testamenti cavere, ne inferiores tabulæ vivo filio & adhuc impubere aperiantur. Illud palam est, non ideo minus valere substitutionem impuberis filii, quod iisdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque hæredem instituisset: quamvis pupillo hoc periculosum sit.

NOTÆ.

3. *Proprio lino*) Vide *comment. infra*. Exempla substitutionis pupillaris factæ in ima cera, sive ultima parte tab. habes in *l. ult. de fideicom. libert. l. 8. §. ult. sec. tab.*

In priore parte cavere) Etsi non cavit, voluisse tamen intelligitur, qui separatim obsignavit tabulas pupilli, *l. 8. test. quem. ap.*

COMMENTARIUS.

Quia substitutio hæc pupillo periculosa videtur, consilium hoc loco parentibus datur, ut eam in ima parte tabularum scribant, linoque proprio trajecto constrictam obsignent, caveantque, ne vivo & adhuc impubere filio aperiantur.

Periculo insidiarum subjaceat) Vulgaris substitutio rarius periculum liberis impuberibus creat, quia adita hæreditate spes omnis successionis substituto præciditur. Potest tamen & ipsa causam præbere insidiis. Apud Ciceronem in *orat. pro Cluent. cap. 1.* legimus, mulierem quamdam Milesiam, accepta a secundis hæredibus pecunia partum sibi medicamentis abegisse: cujus rei meminit Triph. *leg. Cicero, 39. de pæn.* Citius autem periculum metuitur substituto pupillariter, si is mortuo patre pueri custode, se esse substitutum cognoscat: hic enim majorem occasionem habet vitæ pupilli struendi insidias, eumquem, antequam pubescat, e medio tollendi. In cujusmodi scelus impulsus hac occasione fuit tutor ille, quem Sergius Galba ob id cruce affecit: nimirum quod pupillum, cui substitutus hæres erat, veneno necasset. Sveton. *in Galb. cap. 9.* Scilicet ea vulgo est hominum improbitas, ut spe luculentæ hæreditatis aut similis lucri, quod post obitum alicujus se percepturos certo sciunt, facile impellantur ad affectandam illius mortem. Notum est illud Persianum *satyr. 2. vers. 12.* de improbo insidiatore pupilli, cui hæres substitutus erat:

> - - - - *Pupillum utinam, quem proximus hæres*
> *Impello: expungam.*

Eodemque pertinent illa Horatii *l. 2. satyr. 5. v. 48.*

> *Arrepe officiosus, & ut scribare secundus*
> *Hæres, ut si quis casus puerum egerit Orco,*
> *In vacuum venias.*

Primis testamenti partibus) Tabulæ testamenti in plures partes dividi possunt, singulæque partes seorsum obsignari, ita ut priores sine posterioribus commode aperiri & resignari queant. Primam testamenti partem Horatius *d. satyr. 5. v. 53. seq. primam ceram* vocat, sicut Tranq. *in Julio c. 83.* partes inferiores, *imam ceram*. Cicero *Verr. 3. extremam ceram codicis*. Quod intelligendum est ex consuetudine veterum Romanorum, qui in tabulis ceratis scribere solebant. Quamvis interdum etiam chartis & membranis uterentur, *§. nihil autem, 12. supr. de testam. eod.* consule D. Salm. *lib. de mod. usur. cap. 11.*

Separatim in inferioribus partibus) Exempla substitutionis pupillaris factæ in infima sive novissima parte testamenti habemus apud Marcell. *l. ult. de fideicom. lib.* Paul. *l. ult. ad SC. Treb.* Ulp. *l. 8. de test. quem. ap.* quo loco etiam hoc scribit Jurisconsultus, Prætorem non pati sine causæ cognitione aperire tabulas pupillares, quas separatim ignoras testator reliquit, quamvis expresse non caverit, ne aperiantur: quia scilicet Prætor existimat, id nullo modo e re pupilli futurum esse.

Proprio lino) Significat, testamenti tabulas diverso lino ita ligandas esse & complicandas, ut lino inciso singulæ per se commode aperiri possint. *Lini*, quo tabulæ ligantur, mentio fit plerisque locis, *l. Aurelius, 28. §. 1. de lib. leg. l. 1. §. pen. & ult. de bon. poss. sec. tab. leg. pen. Cod. de testam.* apud Lucian. *in Timone*, Sveton. *in Neron. cap. 17. Adversus falsarios tunc primum repertum, ne tabulæ nisi pertusæ, ac ter lino per foramen trajecto obsignarentur.* Add. Alciat. *4. par. 6.* Cajus *2. inst. 4. §. 3.* de hac cautela sic scribit: *Sed pupillaris substitutio ita secreta esse debet, ut ad notitiam substituti pervenire non possit, ne vitæ pupilli substitutus aliquas insidias moliatur. Nam in extrema pagina testamenti fieri debet, ut pars illa, in qua pupillaris substitutio scripta est, quamdiu pupillus annos pubertatis egrediatur, obsignata permaneat, & prior pars testamenti, in qua hæres scriptus est, reseratur.*

Cavere, ne inferiores tabulæ aperiantur) Pupillares tabulas aperiri plerumque vetabat parens, *leg. 3. Cod. quemadm. test. ap.* aut vetuisse intelligebatur, si seorsum eas signatas reliquisset, *leg. 8. ff. eod.* Quæsieris, quid juvet, hanc adhibuisse cautionem, cum qui in vulgarem casum impuberi a patre substitutus est, etiam in casum pupillarem substitutus esse intelligatur ex constitutione D. Marci *l. 4. h. tit.* Nam facta palam substitutione vulgari, etiamsi altera celetur, in idem incommodum incidi: quia substitutus ignorare non potest, mortuo impubere, se ei hæredem fore ex tacita pupillari. Se facilis est responsio, nimirum ex conjectura voluntatis hoc introductum, ut substitutioni vulgari expressæ pupillaris insit: & voluntate testatoris manifeste contraria secus esse, *dict. leg. 4. §. 2. & leg. 4. Cod. eod.* Neque enim unquam in re manifesta, aut ubi de voluntate constat, præsumptionibus aut conjecturis locus est, *leg. continuus, 137. §. 1. in fin. de verb. oblig.* Quamobrem cum in casu præsente ex priore testamenti parte constet, testatorem expresse aliquem filio substituisse in imis tabulis, quas filio vivo & adhuc impubere aperire vetuit, nihil certi sibi promittere substitutus potest de successione pupilli, cum scire non possint, ipsumne alium testator in secundum casum substituerit.

Non ideo minus valere) Igitur Justinianus hic non imperat, sed suadet. Consilium est, non præceptum, & ut Græci ὀ νόμος ἀλλὰ παραίνεσις; neque enim eo minus valet pupillaris substitutio, quod scripta est in iisdem tabulis, quibus testator sibi hæredem instituit. Quin etiam sibi in tabulis testamentum facere pater potest, filio impuberi per nuncupationem substituere, *leg. 8. in fin. secund. tab. leg. patris, 10. §. 1. h. tit.*

TEX-

TEXTUS.

Quibus substituitur?

4 *Non solum tamen hæredibus institutis impuberibus liberis ita substituere parentes possunt, ut si hæredes eis extiterint, & ante pubertatem mortui fuerint, sit eis hæres is, quem ipsi voluerint; sed etiam exhæredatis. Itaque eo casu, si quid exhæredato pupillo ex hæreditatibus, legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum acquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinebit. Quæcumque diximus de substitutione impuberum liberorum, vel hæredum institutorum, vel exhæredatorum, eadem etiam de posthumis intelligimus.*

NOTÆ.

4. *Sed etiam exhæredatis*) *leg.* 2. §. 2. *l.* 10. §. 5. *h. t.* Ulp. t. 23. §. 7. quia pater non suis bonis substituit, sed impuberis, videlicet jure potestatis, *dict. l.* 10. §. 5. quo & tutorem dat, *leg.* 4. *de test. tut.* Formula: *Titius hæres esto: filius exhæres. Si filius impubes moriatur, Sempronius ei hæres esto.*

Ex hæreditatibus legatisve, &c.) *dict. leg.* 10. §. 5. Non tamen potest pater ab exhæredato legatum relinquere, *l.* 41. §. 3. *h. t.* neque a substituto exhæredati, *l.* 41. §. 3. *de test. mil.* Legatum onus est: hæredem habere non est.

Etiam de posthumis) *l.* 2. *eod.* exempl. *in leg.* 46. *h. t. l. ult. C. de inst. & subst.*

COMMENTARIUS.

1 *Formula substitutionis pupillaris exhæredato factæ.*
2 *Male in vulgatis codicibus interpungi*, l. miles 41. §. 5. de test. mil.
3 *Patrem ab exhæredato filio ejusve substituto legare non posse.*
4 *An per exhæredationem extinguatur jus suilatis? Quæstio subtilissima.*

SEd *etiam exhæredatis*) Non ait, præteritis, quia sic testamentum patris ipso jure nullum esset, *leg.* 1. *de inj. rupt. leg. inter cætera*, 30. *de lib. & posthum.* Exhæredatis autem recte substituitur, *l.* 5. §. 2. *l.* 10. §. *ad substitutos*, 5. *h. t.* nimirum jus hoc substituendi, ut & tutores dandi, non ab institutione hæredis, sed a potestate patris pendet: quippe non suis bonis, sed impuberis substituitur: quo argumento utitur Ulp. *d. l.* 10. §. 5. Quamobrem etsi hodie bonorum adventitiorum proprietas patri non quæritur, non eo tamen minus substituere filio exhæredato poterit. Neque in eo injuria fit exhæredato, quod pater ei hæredem dat: quin potius ad utilitatem pupilli hoc spectare creditur, *l. Jul.* 42. *de acquir. hæred.* fac. *leg.* 6. *in princ. de interrog. in jur.* Sed quibus verbis hæc substitutio concipienda est? Non enim potest concipi eadem formula, qua utimur in substitutione filii hæredis instituti: *Si hæres erit, & intra pubertatem decedet.* Nimirum posterior tantum hujus conditionis pars exprimenda. Formula hæc sit: *Titius hæres esto; Filius exhæres: Si filius impubes moriatur, Sempronius ei hæres esto.* Ex quo apparet, veram hic substitutionem nullam esse, ac ne vix quidem coloratam, ut monui initio hujus tituli. VINN. Sed hoc ipso confirmatur sententia nostra, qui hæc testamenti factio sit ex XII. tabulis. Quamvis enim substitutio hæc nec vulgaris dici possit, nec pupillaris: eam tamen admittendam putarunt Romani, quia sic quoque paterfamilias testatur *de pecunia suæ rei*. HEIN.

Pupillo ex hæreditatibus legatisve) Nam uti modo dictum est, non sui, sed impuberis bonis testator substituit. Turbavit hic multos vitiosa lectio *l. miles*, 41. §. 4. *de test. mil.* Sic enim is locus in vulgatis codicibus legitur: *Exhæredato miles & emancipato filio substituere potest. Verum hoc jus in his exercebitur, quæ ab ipso ad eum, cui substituit, pervenerunt: non etiam in his, quæ habuerit, vel postea acquisierit.* Quod si exhæredato filio a milite substitutus ea tantum accipit, quæ a testatore profecta sunt, nihil amplius ei tribuendum, si substitutus sit a pagano. Cæterum alia omnis ratio juris efflagitat: nec responsum istud, si ita legas, defendi potest a summa absurditate. Quod cum animadverteret D. Viglius, ausus est, quamquam nullius fretus codicis auctoritate, locum aliter interpungere, dictioneque *exhæredato*, in calcem præced. §. transposita, novum sic inchoare, *Miles & emancipato filio, &c.* quam viri doctissimi & prudentissimi interpunctionem postea compertum est *Pisani codicis auctoritate confirmari*.

Ad substitutum pertinebit) Hoc igitur certo constitutum est, licere patri substituere filio impuberi etiam exhæredato, atque ex hac substitutione ad substitutum pertinere adventitia exhæredati emolumenta. Sed hac occasione duo quæsita sunt; primum, an quemadmodum pater exhæredato recte substituit, ita etiam ab eo legatum aut fideicommissum recte relinquat; alterum, an a substituto exhæredati legatum aut fideicommissum dare valeat. Primum quod attinet, placet, patrem a filio, quem exhæredavit, legare aut fideicommissum relinquere, non posse, *leg. cohæredi*, 41. §. 1. *h. tit.* Alia enim ratio est substitutionis, alia legatorum sive fideicommissorum. Legata & fideicommissa onera sunt: ac proinde aliis imponi non possunt, quam iis, quos defunctus honoravit, & tantum pro modo relicti, *dict. leg. cohæredes*, §. 3. *leg.* 1. §. *sciendum*, 6. *de leg.* 3. *leg.* 9. *C. de fideicomm.* Substitutio vero onus nullum continet, (neque enim onus est hæredem habere,) sed est provisio pertinens ad commodum ipsius pupilli. Atque hinc quoque judicandum de altero. Nam si ab exhæredato legari non potest, nec poterit a substituto ejus. Ratio enim non patitur, ut plus juris habeat testator circa personam substituti, quam habet in eo, cui substituit, *leg. qui fundum*, 87. §. *qui filios*, 7. *vers. dicet aliquis ad leg. Falcid. leg. ab exhæredati*, 1?5. *de leg.* 1. Plane quemadmodum filius exhæredatus, si legatum vel fideicommissum a patre accepit, fideicommisso itidem a patre gravari potest, *dict. leg. cohæredi* §. 3. ita & eo casu poterit substitutus, si juris rationem spectes, *leg.* 5. §. 1. *de leg.* 3. Contrarium tamen in odium exhæredationis constituit Justinianus, *l. cum quidam*, 24. *C. de leg.* ut bene observavit D. Viglius. Ne olim quidem, ut hoc obiter addam, legari a substituto exhæredati poterat, quantumvis legatum etiam amplum a patre accepisset, *leg. miles*, 11. §. 3. *de test. mil.* nimirum quia ex ratione juris veteris legata a legatario ejusve hærede non recte relinquebantur, at bene fideicommissa, *infr. de sing. reb. per fideicomm. rel. in princ. dict. leg.* 5. §. 1. *de leg.* 3.

Eadem etiam de posthumis intelligimus) Quæstionem, an hodie post *Nov.* 115. *cap.* 3. posthumus exhæredari, & con-

& conſequenter, an ei exhæredato ſubſtitui poſſit, alio loco reſervamus. (4) Illud pro coronide hic indagare lubet, verumne ſit, quod nonnullis viſum eſt, per exhæreditatem tolli jus ſuitatis. Nam ſi hoc verum eſt, concidit in totum doctrina hujus §. quandoquidem ſuis tantum hæredibus ſubſtitui poteſt, *l. 2. in princ. hoc tit.* Verum autem eſſe, hiſce argumentis probari videtur. Primum, ſi exhæredati nec hæredes quidem ſunt, nec ſui hæredes dici poſſunt; cum non entis nulla ſit qualitas, atque ut in ſcholis ratiocinatur, *ab eſt ſecundi adjecti ad eſt tertii adjecti valeat conſequentia negando*. Hæredes autem non eſſe, teſtatur Juriſconſultus, *l. 1. §. pen. de ſuis & legit.* Ratio enim juris manifeſta eſt, quia nec ex teſtamento, nec lege eis defertur hæreditas, ut plenius oſtendimus in §. *cum autem*, *7. inf. de hær. quæ ab int.* Secundo inter ſuos hæredes numerari non poteſt, qui pro mortuo habetur; at exhæredatus habetur pro mortuo *l. 1. §. ſed & ſi*, *5. de conjug. cum emanc. lib.* Poſtremo ſui hæredis jus per exhæredationem dicitur abſciſſum eſſe, *l. 9. §. 2. de lib. & poſthum.* Ex contrario vero non tolli per exhæredationem jus ſuitatis, duobus argumentis perſpicue evincitur. Unum petitum eſt a definitione. Nam ſi ſui hæredes ſunt liberi omnes defuncti, qui eo tempore, quo moritur, in poteſtate illius ſunt, & primum in familia locum obtinent: non poteſt non filius exhæredatus eo tempore inter ſuos hæredes numerari, niſi dicamus, quod inauditum eſt, exhæredatione ſolutum fuiſſe jus patriæ poteſtatis. Nec mihi objecerit, jus ſuitatis non ex eo ſolum æſtimari, quod quis in poteſtate ſit, & primum gradum in familia teneat: verum etiam, & maxime ex cauſa ſucceſſionis: exhæredatum autem a ſucceſſione excludi. Etenim quamdiu pater vivit, exhæredationis nulla vis eſt, eoque etiam mortuo adhuc in irritum redigi poteſt, deſtituto, vel reſciſſo per querelam inofficioſi patris teſtamento, *l. filium*, *20. in pr. contr. tab.* ut proinde jus filii ſui hæredis per exhæredationem ſublatum fuiſſe dici non poſſit. Alterum argumentum ſumitur ab effectis ſuitatis propriis. Primum ex eo, quod, ut hoc §. docetur, filio exhæredato recte pater pupillariter ſubſtituit. Suum autem hæredem eſſe oportet, cui ita ſubſtituatur, *leg. 2. hoc tit.* Secundo, quod cum tutor teſtamento dari non poſſit niſi ei, quem quis in ſuis hæredibus, cum moritur, habuit, *l. quo tutela*, *73. §. 1. de reg. jur.* recte nihilominus detur exhæredato, *l. 4. 4. de teſtam. tut.* Tertio, quod exhæredati filii perſona non obſtet nepoti, quominus ſuus hæres fiat avo, & præteritus quaſi agnaſcendo rumpat avi teſtamentum, *leg. 6. princ. de injuſt. rupt. teſt. l. 7. unde lib.* Si enim per exhæredationem perimeretur jus ſuitatis, nepos protinus occuparet locum patris, atque in ſui hæredis locum ſuccedendo avi teſtamentum rumperet, non ſecus ac is rumpit, cujus pater mortuus aut emancipatus eſt, *§. 2. ſup. de exhær. lib. l. 13. de injuſt. rupt.* Poſtremo a jure quoque ſuitatis procedit, quod filio, qui in poteſtate eſt, exhæredato, ad tranſmittendam querelam nec bonorum poſſeſſio, nec aditio hæreditatis neceſſaria eſt. Cur enim alioqui contra filius emancipatus niſi iſta fecerit, non videtur litem præparaſſe? *l. 7. de inoffícioſ. teſtam.* Neque vero adeo difficilis reſponſio eſt ad argumenta duo poſteriora, quibus diximus probari videri, exhæredatione jus ſui hæredis plane extingui. Etenim quod Ulpianus ait *d. l. 1. §. ſed & ſi*, *5. de conjug. cum. emanc. lib.* patrem exhæredatum pro mortuo haberi, verum quidem eſt, non autem ſimpliciter, ſed quod ad illud edictum de quo agitur, attinet; ne ſcilicet pater emancipatus exhæres factus impediat, quominus nepos in poteſtate retentus & præteritus bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſolus petat, aut ſi concurrat patruus, partem bonorum dimidiam conſequatur; cum ſi pater exhæredatus non fuiſſet, ex edicto filio jungeretur. Eodem modo reſponderi poteſt ad *d. l. 9. §. 2. de lib. & poſthum.* jus filii eo loco abſciſſum dici comparative, reſpectu ſcilicet ejus, qui apud hoſtes eſt, cujus jura omnia in ſuſpenſo retinentur propter ſpem poſtliminii. Aut ſi magis placet emendatio Anton. Fabri 10. *conject.* 12. pro illis verbis, *filii jus*, lege, *illius jus*; ut hoc referatur ad nepotem, cujus ſane jus per exhæredationem patris penitus abſciſſum eſt in tantum, ut nec defuncto ante aditam hæreditatem pater ad ſucceſſionem avi admittatur, *d. l. 9. §. 2. d. l. 5. de injuſt. rupt. teſtam. leg. 7. unde liber.* quæ emendatio eo probabilior eſt, quia & ſententiæ Juriſconſulti locus ſic reſtitutus melius convenit, & lectio loci mire variat, ut videre eſt apud Accurſium, Bartolum, Alciatum, & in editione Robert. Stephani. Majorem difficultatem habet argumentum, quod primo propoſitum fuit: utique enim cum verum ſit, exhæredatum morienti patri hæredem non exiſtere, conſequens eſt, nec ſuum eſſe, quo tempore pater moritur: alioqui neceſſario poteſtate juris ſtatim hæres exiſteret, & obſtaret hæredi inſtituto, quominus ipſe directo hæres eſſe & jure civili hæreditatem cernere poſſet, *argum. leg. ultim. de acquir. hæred.* quod falſum eſſe patet ex *dict. leg. 6. in princip. de injuſt. rupt. teſtam. leg. filium*, *26. de bon. poſſeſſ. contr. tabul.* Quamobrem ſic omnino ſtatuendum arbitror, vivo adhuc patre, cui teſtamentum mutare licet, exhæredationem non impedire, quominus filius exhæredatus adhuc inter ſuos hæredes habeatur: atque ideo nepotibus ex ſe natis obſtare, quominus in locum ipſius & gradum aſcendant. Sed & poſt mortem patris, quamdiu adhuc ab inteſtato ſuccedere poteſt, pro ſuo interim haberi, quoniam reciſſo aut deſerto patris teſtamento ſuus hæres nihilominus patri exiſtit, perinde ac ſi nulla exhæredatio interveniſſet, *d. l. filium*, *29. contr. l. 8. §. penult. de inoff. teſt.* Verum enim vero exhæredatio confirmata fuerit acita ex teſtamento hæreditate, hac conſideratione exhæredatus amplius pro ſuo haberi non poteſt, cum verum ſit, eum patri ſuum hæredem non extitiſſe, nec exiſtere poſſe, *d. l. 1. §. pen. de ſuis & legit.* adeit Gomez. 1. *reſol.* 11. *num.* 9. Hotom. 9. *obſ.* 10. Ant. Fab. *conj. ultim.* Chriſtin. *volum* 4. *deciſ.* 16. *num.* Bachov. *hic*, add. Vall. Reimer. *dec.* 6. *diſp.* 1. *theſ.* 4.

T E X T U S.

Pupillare teſtamentum ſequela paterni.

5. *Liberis autem ſuis teſtamentum nemo facere poteſt, niſi & ſibi faciat: nam pupillare teſtamentum pars & ſequela eſt paterni teſtamenti: adeo ut ſi patris teſtamentum non valeat, nec filii quidem valebit.*

N O T Æ.

5. *Niſi & ſibi faciat*) *d. l. 2. §. 1.* Immo niſi ſibi prius faciat, deinde filio, ne converſo modo a filii teſtamento incipiat, *d. l. 2. §. 4. & ultim.* utique ſi ex intervallo diverſiſque tabulis ſibi pater hæredem ſcribat, & filio ſubſtituat, quod facere poteſt, *leg. 16. §. 1. l. 10. §. 1. eod.* Cæterum ſi conjunctim, eodem tempore,

ac contextu utrumque fiat, licet ordinem convertere, veluti si ita scribat: *Si filius meus intra pubertatem decesserit, Sejus hæres esto; Filius hæres esto*, *d. l. 3. §. 5.*

Nec filii valebit) Facit ratio in *leg.* 129. §. 2. *leg.* 178. *de reg. jur. c. accessarium*, 42. *eod. in* 6. Puto tamen hodie tabulas pupillares non infirmari, quamvis exhæredatus querelam inofficiosi testamenti obtinuerit per *Nov.* 115. *c.* 3. *in fin.*

COMMENTARIUS.

1 *Patrem prius sibi debere testamentum facere, deinde filio, nec converso modo a filio testamento incipere; nisi conjunctim unoque textu utrumque fiat.*
2 *Patris testamento non subsistente, & filii nullum esse, aut corruere.*
3 *Cur rescisso per querelam testamento patris, substitutio pupillaris concidat, petita cont. tab. bonorum possessione non item?*
4 *Jure novissimo etiam expugnato per querelam testamento patris, salvam manere substitutionem pupillarem.*

PErmissum quidem patri est, suo testamento perfecto, alio tempore filio testamentum facere, *leg.* 16. §. 1. *hoc tit.* aut sibi per scripturam, filio per nuncupationem, vel contra, *leg. patris*, 20. *eod.* & vel instituto filio vel exhæredato. Cæterum necessarium omnino est, ut sibi quoque hæredem faciat, qua filio vult facere, *leg.* 1. §. 3. *eod.* Incongruens enim visum est, eum, qui ipse intestatus decedere cupit, filio suo hæredem testamento dare, tantumque concessum patri sibi testamentum facienti, simul filio impuberi prospicere. Ex quo efficitur, testamentum patris principale esse, filii accessorium & paterni appendicem, ac proinde hoc sine illo non consistere, ex tritissima juris regula, *leg. nihil dolo*, 110. §. 1. *de reg. jur. c. accessorium*: 42. *eod. in* 6. Cæterum hoc in paganis obtinet: militi enim ex privilegio indultum, ut soli filio hæredem facere possit, tametsi sibi non fecerit, *d. leg.* 2. §. 1. *leg. in fraudem*, 15. §. 2. *de testam. mil.*

(1) *Nisi & sibi faciat*) Immo nisi sibi prius faciat, deinde filio: nec converso modo a filii testamento incipiat, *d. l.* 2. §. *prius*. 4. & §. *ult.* Quippe hic ordo naturæ est, ut sit & præcedat aliquid principale, cui quid accedere volumus, quod per se solum subsistere nequit. Filii autem testamentum sequela est & accessio paterni, ita ex paternis tabulis pendens, ut sine illis non subsistat. Merito itaque Juliani sententia rescripto Imperiali comprobata est, patrem prius sibi debere, deinde filio hæredem scribere, neque hunc ordinem convertendum esse, incipiendumve a testamento filii, *d. l.* 2. §. 4. Minimeque audiendus est Goveanus, qui *lib.* 1. *var. leg.* 8. *in dict.* §. 4. pro *comprobata*, repondit *improbata*, motus ratione, qua Ulpianus mox utitur, quia constet, unum esse testamentum. Nam ista ratio non evertit Juliani sententiam, ut Goveano videtur, sed confirmat. Objici quippe poterat, duo hic testamenta esse, unum patris, alterum filii, §. 2. *supr. eod.* ac proinde parum referre, ab utro incipiatur. Cui objectioni occurrit Ulpianus tacite significans, si revera duo diversa hic essent testamenta, facile se concessurum, nihil interesse, utrum prius posteriusque factum sit: sed quia unum duntaxat revera testamentum est, quod duas quidem partes habeat, sed quarum illa, qua hæres instituitur filio, pendeat ex altera, qua hæres instituitur patri, rationem exigere, ut ea pars præcedat, quæ principalis est, sequatur altera, quæ ex priori dependet, & sine ea consistere non potest. Atque hæc ita obtinent, si ex intervallo diversisque tabulis pater sibi hæredem scribat, & filio substituat. Si vero conjunctim eodem tempore ac contextu utrumque fiat, placet substitutionem valere, licet conversa scriptura filii testamentum factum fuerit. Veluti si quis ita scripserit, *Si filius meus intra pubertatem decesserit, Sejus hæres esto, Filius hæres esto*, *d. l.* 2. §. *sed & si*, 5. & merito, quia in conjunctionibus nullus ordo est, nec quicquam interest, utrum prius, utrum posterius dicatur scribaturve, teste Alfeno, *l. cum quidem*, 14. *de pecul. fac. l. si tit.* 28. *de hær. inst.* Ad hunc modum hæc explicant Zas. *ad d. l.* 2. §. 4. *num.* 8. Duar. *in comm. ad hunc tit. cap.* 14. Vigl. *hic*, citans Jason. & DD. ultramontanos. Angelus etiam communem hanc esse sententiam testatur.

Nec filii quidem valebit) Nam, ut dictum est, cum principalis causa non subsistit, ne ea quidem, quæ sequelæ & accessionis vicem obtinent, consistere possunt, *leg. nihil dolo*, 129. §. 1. *l. cum principalis*. 178. *de reg. jur. cod. accessoriam*, 42. *eod. in* 6. Hinc fit, ut non tantum ab initio pupillares tabulæ non subsistant, si patris testamentum ab initio nullum sit: verum etiam corruant, si patris testamentum, quod recte factum erat, postea infirmetur, puta aut rumpatur agnatione vel quasi agnatione sui hæredis, *l.* 2. *in princ. hoc tit.* aut inofficiosum in totum pronuntietur, *l.* 8. §. *sed nec*, 5. *in fin. de inoff. testam.* aut irritum fiat testatore capite minuto, aut non adita ex testamento hæreditate, *d. l.* 2. §. 1. *leg.* 10. §. 4. *eod.* Plane si suus hæres testamento patris sit institutus: puta pupillus ipse, nihil amplius ad confirmationem testamenti desideratur, quam ut is mortuo patri sit superstes, licet se abstineat: nam vel nudæ sui hæredis existentiæ hæc vis est, ut confirmet tabulas pupillares, *l.* 12. *hoc tit.* de quo plene scripsimus ad *pr. hujus tit.* (3) Illud alicui mirum videatur, quod cum, reciso per querelam testamento, substitutio pupillaris concidat, eam tamen placet valere, cum præterito filio contra tabulas bonorum possessio petita est, *leg. ex duobus*, 34. *in fin.* & *leg. seq. eod.* non enim minus sic testamentum rescinditur, reditque res [ad causam intestati, quam ex causa inofficiosi, *l. ut liberis*, 17. *Cod. de collat.* Ego hoc ex eo esse puto, quod querelæ inofficiosi hic color prætexitur, quasi testator sanæ mentis non fuerit, cum testamentum ordinaret, *leg.* 12. *l.* 13. *de inoffic. testam.* ut proinde, eo rescisso perinde omnia haberi debeant, ac si testamentum nullum factum esset, aut ab eo factum, qui testamenti factionem non habuit, nihil ut eo testamento valeat, *leg.* 8. §. *penult. l. cum mater*, 28. *dict. tit.* Hoc autem prætextu non petitur aut conceditur contra tabulas bonorum possessio. Occurrit etiam, quod prætoria remedia non ultra operantur, quam Prætor voluit, *leg. in conventional.* 52. *de verbor. obligat.* Cumque Prætoris hoc curæ sit, ut beneficii sui fines sic regat, ut quam potest minimum detrahat juri civili, & omnino ne cui noceat, credibile est, ob hanc causam noluisse eam vim auxilii sui porrigi ad tabulas pupillares, ne dum aliis opitulatur, utilitatem impugnet pupilli. Ad hæc nec Prætor ipse omnino pro nullo habet testamentum, contra quod bonorum possessionem pollicetur; nam si hoc septem testium signis signatum sit, etiam scriptis in eo hæredibus, dat bonorum possessionem secundum tabulas, scilicet si liberi præteriti, quorum causa potior est, non petant,

leg.

leg.2. in princ. secund. tab. Ut adeo nihil mirum sit, substitutionem pupillarem, quæ edictum Prætoris non offendit, salvam manere. Qua de re vide quæ superius disputavimus sub *t. de exhær. lib.* (4) Hodie ex novella Justiniani lege, etiamsi per querelam inofficiosi testamentum patris expugnatum fuerit, pupillaris substitutio salva manebit, quemadmodum & legata cæteraque capita firma manent præter institutionem, *Nov.114. cap. 5. in fin.* unde *auth. ex causa, Cod. de lib. præt.* & ibi communiter Doctor. Equidem scio, Dynum & Petrum a Bellapertica contendisse, ea tantum ex novella ista lege rescisse testamento salva manere, quæ institutionem hæredis non desiderant, veluti legata, fideicommissa, libertates, tutorum dationem: secus adhuc esse in iis, quæ hæredis institutionem requirunt, ut pupillaris substitutio; idque & Covarruviæ probari *in c. Raynutius §.6. n.3.* Cæterum mihi verba illa Novellæ, *& alia capitula*, non ob aliam causam videtur addidisse Justinianus, quam ut omnia capita comprehenderet extra institutionem, ac licet pupillaris substitutio & ipsa sit institutio, palam tamen est, illic per institutionem, quæ irrita esse jubetur, intelligi institutionem primam, quam scilicet pater sibi hæredem scripsit, non qua filio, quæ tantum pars est & sequela paterni testamenti: pertinet denique etiam ad utilitatem pupilli, ut salva maneat, substitutio, ob quam causam & olim everso per bonorum possessionem contr. tab. testamento patris conservata fuit, *leg. ex duobus, 34. in fin. cum leg. seq. h. t.*

TEXTUS.

Quot liberis substituitur?

6. Vel singulis autem liberis, vel ei, qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest. Singulis quidem, si neminem eorum intestatum decedere voluerit: novissimo, si jus legitimarum hæreditatum integrum inter eos custodiri velit.

COMMENTARIUS.

1. *An postquam mater una cum fratribus defuncti ad legitimam hæreditatem vocata est, adhuc locus sit dispositioni hujus §.*
2. *An non saltem, quo mater excludatur, dici possit, fratres per fideicommissum mutuo substitutos esse?*

QUi plures liberos impuberes habet, si neminem eorum intestatum decedere velit, potest singulis, quos voluerit substituere, aut ipsos invicem & reciproce, eique, qui novissime impubes mortuus fuerit, substituere alium aliquem, *leg. si pater, 5. h. tit.* Quod si uni tantum substituit, hic solus testatus decedet, cæteri intestati. Unde si postremo morituro tantum substituerit, jus legitimarum hæreditatum inter fratres conservare voluisse intelligitur, *leg. vel singulis, 37. eod.* unde hic locus sumptus est.

Intestatum decedere) Nota impuberes etiam dici intestatos decedere, etsi ipsi testamentum facere non possint: sicut vice versa testati decessisse dicuntur, cum pater eis testamentum fecit. Porro an proprie vox intestatus impuberibus, & furiosis & similibus personis attribuatur, ita ut statuta de successione intestatorum loquentia ad eas quoque personas intelligi debeant pertinere, tractamus *infr. t.1. lib.3. in princ.*

Jus legitimarum hæreditatum) Nam cum cæteris, nec pater testamentum fecerit, nec ipsi sibi in ætate pupillari facere possint, necessario evenit, ut præmorientium fratrum impuberum hæreditates ex lege duodecim tabularum ad superstites perveniant: quorum tandem omnium bona in ultimi defuncti hæreditate reperta substitutus ejus consequetur. (1) Unde quæritur, cum hodie ex *Nov.118. c.2.* mater defuncti una cum fratribus ad legitimam hæreditatem vocetur, adeoque fratres consanguineos tantum, sive ὁμοπατρίους excludat, utrum nihilominus adhuc in casu proposito novissimo morienti substitutus bona etiam cæterorum integra consequatur, an mater partem eorum offerat, easque duntaxat partes ferat substitutus, quæ morte fratrum ad impuberem pervenissent, nulla facta substitutione? Prius illud dicere non possumus, nisi fingamus substitutionem novissimo factam ad omnes pertinere, singulosque invicem tacite substitutos, & postremum morientem prædefuncto. At hoc vetat hic ipse locus. Ait enim Imp. cum novissimo tantum substituitur, jus legitimarum hæreditatum inter fratres integrum custodiri. Si vero mutua hic fingatur substitutio, priorum morientium superstites non legitimi hæredes, sed ex testamento essent, omnesque decederent testati. Proinde dicendum, ut olim in casu proposito inter fratres, quippe qui soli a lege vocabantur, legitimæ hæreditates salvæ manebant, ita hodie etiam matri, postquam ea una cum defuncti fratribus admissa est, jus legitimæ successionis integrum manere, atque ad substitutum eas duntaxat partes pertinere, quæ in hæreditate ultimi defuncti reperiuntur. (1) Sed dixerit adhuc aliquis, quidni hic fideicommissum inducimus, ut ipsi fratres, si non directo, saltem per fideicommissum invicem substituti videntur? Ita enim Paulum in specie non dissimili respondisse, *l. Titia, 87. §.2. de leg. 2.* Species hujusmodi est, de qua consulitur; Testator certum fundum legavit Titio & Mævio, fideique eorum ita commisit, *ut quis ex eis ultimus decessisset, eum fundum, cum moreretur, restitueret Sempronio*. Respondet Jurisconsultus, in eo fideicommisso testatorem duos videri gradus substitutionum fecisse, unum, ut is qui ex duobus prior moreretur, alteri restitueret, quod colligit ex verbis, *qui ultimus decesserit*, alterum, ut novissimus restitueret Sempronio. Sed non est hæc species similis nostræ. Recte Jurisconsultus in *d. l. Titia 87. §.2.* ex eo, quod testator proponit eum, qui ex duobus, quibus fundum legaverat, posterior moreretur rogasse, ut eum fundum alii restitueret, colligit alterum fideicommissum: non enim rogatus proponitur de restituenda duntaxat parte sua, sed de toto fundo, ac proinde etiam de parte collegatarii præmortui. Jam vero, quia hoc facere non potest, nec implere fideicommissum expressum, nisi collegatarii quoque pars ad eum pervenerit, apparet, eam defuncti fuisse voluntatem, ut qui ex collegatariis prior moreretur, superstiti partem suam restitueret. In casu vero nostro nihil est, quamobrem præter substitutionem novissimi aliam aut fideicommissum inducamus: non enim in universa hæreditate, sed ultimi morientis tantum bonis substitutio facta proponitur.

TEXTUS.

De substitutione nominatim aut generaliter facta.

7 Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti, Titius hæres esto: aut generaliter, ut Quisquis mihi

hi hæres erit: *Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere mortuo filio, illi, qui & scripti sunt hæredes, & extiterunt, & pro qua parte hæredes facti sunt.*

COMMENTARIUS.

1 *Generalis formula substitutionis solos illos vocatos intelligi, qui hæredes nominatim scripti sunt.*
2. *Ex eadem formula solos venire, qui patri hæredes extiterunt.*
3 *Ejusdem formulæ hunc effectum esse, ut substituti easdem ex institutione partes consequantur, quas in patris hæreditate habuerunt.*

SUbstitutio pupillaris vel specialiter & nominatim concipitur, puta hoc modo: *Filius meus hæres esto. Si filius impubes decesserit, Titius hæres esto.* Vel generaliter, veluti, si pluribus hæredibus institutis, testator his verbis filio substituat: *Quisquis mihi hæres erit, idem filio meo impuberi hæres esto, l. 3. l. 8. l. 10. hoc tit. l. ult. Cod. eodem.* Ad quem modum vulgaris substitutio non recte conciperetur; nam hæc formula: *Quisquis mihi hæres non erit,* &c. in infinitum producitur. Non est vero eadem vis generalis & specialis substitutionis, ut in calce exegeseos hujus §. ostendimus, cum cognita nobis erit potestas clausulæ generalis sive horum verborum: *Quisquis mihi hæres erit*, &c. quam solam hic explicat Justinianus.

Qui & scripti sunt hæredes & extiterunt, & pro qua parte) Paucissimis verbis triplicem comprehendit effectum horum verborum: *Quisquis mihi hæres erit.* (1) Primus hic est; quod his verbis vocati intelligantur illi soli, qui hæredes nominatim scripti sunt, non alii, qui forte per eos, qui scripti sunt, hæredes extiterunt. Itaque nec dominus, qui per servum, nec pater, qui per filium hæres extitit, ex hac clausula ad hæreditatem impuberis admittitur: quippe quibus non judicio defuncti, sed vi potestatis vel dominicæ vel patriæ hæreditatis obvenit, *l. 3. l. 8. 1. eod.* Eademque ratione nec hæredis hæres admittetur, *d. l. 8. §. 1.* licet alias hæredis appellatione etiam hæres hæredis continuatur, *l. hæredis 65. l. sciendum 70. de verb. sign. l. qui per successionem 294. de reg. jur. l. ult. Cod. de hæred. inst.* nec is, cui ex fideicommisso hæreditas restituta est, ut recte docet Dom. Vigl. *hic* Cæterum quod diximus, dominum non admitti, id intelligendum est, si hoc solo obtentu hæreditatem pupilli ex substitutione ad se pertinere contendant, quod patris bona jam apud se per servum quæsita habeat. Non enim inspicitur, apud quem patris hæreditas sit; sed quis a patre expresse & immediate ad hæreditatem vocatus. Ideoque, si servus quæsita domino ex institutione hæreditate, antequam ex substitutione adiret, a potestate ejus exierit, non poterit dominus ex substitutione impuberi hæres effici: sed servus vel ipse sibi hæreditatem impuberis acquiret, si forte manumissus fuerit: vel si alienatus, novo domino, cujus jussu adierit. At vero, si existente conditione pupillaris substitutionis adhuc in ejusdem domini potestate sit, nihil prohibet, quominus jussu ejus nunc item ex substitutione pupilli hæreditatem adeat, eumque novo hoc suo facto acquirat domino, ut post Joannem Fab. *hic*, & DD. communit, *in l. filiosfamil. 11. de legat. 1.* docet Viglius & Bachovius *hic*. Duar *in comment. ad hoc tit. cap. 15. & fac. l. 3. hoc tit. junct. §. 1. sup. de hær. inst.* (2) Simili igitur modo, si filiusfamil. emancipatus fuerit, ipse ex substitutione hæres fiet: si in potestate manserit, patrem hæredem faciet. Alter effectus substitutionis generaliter factæ est, quod ex ea soli veniant illi, qui patri hæredes extiterunt, proinde si hæres scriptus paternam hæreditatem repudiaverit, nihil ei proderit ad hæreditatem pupilli consequendam, quod testamento patris hæres scriptus est: nam alias horum verborum: *Quisquis mihi hæres erit*, &c. nulla vis esset, cum a testatore jam ante hæredes scripti sint, qui ea conditione substituuntur, *d. l. 8. in fin. prin. h. t.* Tertius effectus est, quod generali formula substituti easdem ex substitutione partes consequuntur in bonis pupilli, quas in ipsius patrisfamiliæ hæreditate habuerunt, *dict. leg. 8. §. 1. in fin.* Ut hic quoque locus sit regulæ traditæ in §. 2. *præced. titul.* testatorem eas videri in substitutione partes cuique dedisse, quas in institutione expressit. (3) In substitutione nominatim facta, sive speciali, converso fere modo hæc se habent. Nam primo non est, ut is, qui nominatim substitutus pupilli hæreditatem vindicat, hæres a patre scriptus sit. Deinde etsi hæres ex parte scriptus est, non eo tamen minus ex substitutione admittatur, quod patri hæreditatem repudiavit, modo utramque nunc amplectetur, nisi sub ea conditione substitutus sit: *Si hæres erit, d. l. 8. in princ.* junct. *l. 10. §. 3. eodem.* Postremo nominatim substituti, non hæreditatis partes, id est, quæ singulis adscriptæ sunt in institutione, sed viriles sive æquales habebunt, per ea, quæ tradidimus *sub §. 2. tit. præced.*

TEXTUS.

Quomodo substitutio pupillaris finitur.

8. *Masculo igitur usque ad quatuordecim annos substitui potest: fœminæ usque ad duodecim annos. Et si hoc tempus excesserint, substitutio evanescit.*

NOTÆ.

8. *Evanescit substitutio*) Quamvis longius tempus comprehensum fuerit, *l. 14. eod.* quod autem evanescit, nec ad causam fideicommissi proficit.

COMMENTARIUS.

1 *Pupillarem substitutionem extingui anno quartodecimo, aut duodecimo completo, licet non superato.*
2 *Si longius tempus comprehensum fuerit, an post pubertatem substitutio valeat jure fideicommissi?*
3 *An ad causam fideicommissi trahatur, si demum a pubertate substitutio incipiat?*

DIctum supra est, pupillarem substitutionem introductam esse ex hac causa, quod cum liberi in ea ætate essent, ut ipsi sibi testamentum facere non possent, utile atque ex re ipsorum visum fuerit, ut parentes eis facerent. Quamobrem cum ad eam ætatem pervenerunt, quam jam ipsi testari possunt, cessante fine substitutionis, merito placuit, eam extingui; alias, quod iniquissimum est, civi Romano puberi testamenti factio auferretur, *l. ex facto 43. h. t.*

Usque ad quatuordecim annos, &c.) Masculi enim anno quartodecimo, fœminæ duodecim annis maturius pu-

puberes fiunt, *sup. quib. mod. tut. fin.* a qua ætate jam ipsi testamentum facere possunt, *l. 5. qui testam. fac.* Ait, *usque ad quartuordecim annos*; quibus verbis significat, omne spatium, quod est intra pubertatem, liberum esse patri ad substituendum filio, finem autem hujus arbitrii esse pubertatem. Quapropter si quis verbi causa ita substituit: *Si filius meus intra decimum annum decesserit, &c.* pupillusque ad eos annos pervenerit, expirat substitutio, licet postea decesserit intra annum decimum quartum, *l. si ita 21. d. l. ex facto 43. §. 1. eodem.* Ait si in substituendo annos pubertatis egressus sit, finietur nihilominus substitutio pubertate *l. in pupillari 14. eod.*

Si hoc tempus excesserint) Liberi nimirum quibus facta est substitutio, masculi annos quatuordecim, fœminæ duodecim: neque enim patitur contextus, ut ad parentes, qui substituerunt, hæc referantur. (1) Quod vero ait *excesserint*, id verbum non puto præcise hic accipiendum esse, quasi non satis fit annum quartumdecimum aut duodecimum complevisse, eoque non completo, sed superato demum extingui substitutionem, sed potius explicandum ex iis locis, ubi ex professo agitur de ætate qua cives testamentum facere possunt. Atqui ex quo quis incipit testamentum facere posse, finem capere debet hæc substitutio, utpote quæ hoc uno fundamento nititur, quod ii, quibus fit, sibi non possint hæredem facere. Aliud tantum Dom. Viglio visum.

Evanescit) Etiamsi longius tempus comprehensum fuerit, *d. l. 14. hoc tit.* Sed longiore tempore comprehenso, an non saltem post pubertatem substitutio valebit jure fideicommissi? Finge ita factum: *Si filius intra annum vicesimum decesserit, Titius hæres esto.* Ex hac substitutione constat, filio intra pubertatem defuncto, directo jure succedi, post id tempus non item (2) Sed quæritur, an non saltem post pubertatem proficiat ad causam fideicommissi, ut perinde ex eo tempore haberi debeat, ac si filius post pubertatem intra annum vicesimum moriens rogatus esset hæreditatem patris substituto restituere? Communis sententia est, testibus Zasio *cap. 5. de subst. compend.* Covarruv. *in cap. Raynut de testam. §. 9. num. 29.* Jason. *in leg. precibus 8. Cod. hoc tit. num. 11.* ejusmodi substitutionem pubertate ita finiri, ut nulla ejus vis amplius supersit. (3) Quæ sententia mihi verissima videtur. Etenim inconveniens omnino est, ut una substitutio diverso jure pro diversitate temporis censeatur, scilicet ut valeat intra pubertatem directo, & bona tam patris quam filii, ex quibus una facta est hæreditas, complectatur, post pubertatem jure fideicommissi, & sola patris bona contineat. Nec Jurisconsultus *in d. l. 14.* scribit, substitutionem impuberis, in qua longius pubertate tempus comprehensum est, post pubertatem ad fideicommissum trahi, sed pubertate finiri: quod Justinianus hic expressit verbo significantissimo *evanescere.* Quod si ne illa quidem substitutio, quæ decimum a pubertate incipit, jure fideicommissi valet, multo minus ullo jure valere poterit, qua etiam ætas pupillaris comprehenditur: nam ut bene disputant Mantic. 7. *de conj. ult. vol. tit. 3. num. 9.* Gomez. *1. resolut. 7. num. 2.* Christin. *vol. 4. decis. 16. 5. num.* facilius ad fideicom. missum trahi potest post pubertatem facta verbis directis in secundum casum substitutio, quam ea, quæ annos pupillares simul complexa pubertatem certis annis excedit. Sed quoniam iidem DD. & cum his communiter Interpretes non concedunt, quod nos pro vero & certo assumimus, nimirum, ne illam quidem substitutionem, quæ a pubertate incipit hoc modo: *Si filius meus post quatuordecimum annum decesserit*; ad casum fideicommissi proficere, id nobis prius quam hinc abeamus probandum est. Non valere quasi fideicommissum, argumento sit *l. si servus leg. 108. §. si servus alienus 9. de leg. 1. l. 9. c. de test. man.* quibus in locis servo alieno directa libertas frustra dari dicitur. Quod si favor verbum directum ac fideicommissum non trahit, nulla res omnino trahet. Et cur testatoris voluntatem, quæ contra leges est, adjuvemus, ut benigna interpretatione inducamus fideicommissum, de quo non apparet testatorem cogitasse? Neque enim, ut quid valeant jure fideicommissi, sufficit, tale id esse, quod jure fideicommissi valere posset, si testator voluisset, nisi & voluerit, *l. 1. t. 14. §. de jur. cod. l. ex ea scriptura 29. qui test. fac. l. quærebatur 10. test. mil. l. cohæredi 41. §. 3. hoc tit.* Sed quid opus est argumentis? Papinianus *l. 17. cod.* omnem dubitationem tollit, cum sic scribit; *Verbis civilibus substitutionem post quartumdecimum annum frustra fieri convenit*, neque enim frustra fieri diceret, aut recte diceret, si post id tempus quasi fideicommissi valeret, & verba directa inflecterentur. Non obstat huic sententiæ *l. Scævola 76. ad Trebell.* quoniam quod Scævola id respondet, id in casu il ic proposito favore pupilli benigne receptum est, ut ipse significat, & tamen simul ex conjectura voluntatis paternæ. Proponitur enim substitutio facta in codicillis: qui locus est obliquarum, non directarum dispositionum. Proponitur pupillus, cui ista substitutio facta, in ætate pupillari decessisse: atque in hac specie respondet Jurisconsultus, benigna interpretatione placere, ut quod valere non potest, ut testamentum pupilli, valeat saltem quasi codicillus ab intestato: cumque ratio juris non patiatur, ut ex hac substitutione hæredem habeat directo, ut habeat saltem ex fideicommisso, postquam patri concessum, legitimum filii hæredem fideicommisso obstringere. Certum sustinebitur hoc fideicommissum usque ad tempus pubertatis; cum vero pupillus adoleverit, evanescet, ne, quod propter utilitatem impuberis introductum est, puberi jam facto obsit in libertate testandi, *arg. l. si fundum 92. §. 1.* junct. *l. quod fideicomm. 93. de leg. 1. l. cohæredi 41. §. 3. hoc tit. l. ex facto 43. §. 1. eod.* junct. dict. *l. Scævolæ 76.* ita ferme & plerique recentiores. Cujacius *11. obs. 24.* Govean. *ad. d. l.* Paul. Buf. *ad l. centurio 16. eod.* Duar. *comm. in hunc tit. c. 16.* Vas. *l. 1. de succ. progr. §. 1. n. 118.* Anton. Fab. *15. comment. 12. & 14.* Fachin. *4. controv. 44.* adep. Menoch. *de præsumpt. p. 2. lib. 4. tom. 1. præs. 34. & 35.* quæ nos *sub. §. seqq.* VINN. Nec tamen omnes. Nam sunt, quibus contraria sententia videtur probabilior, quia quicquid in fideicommissum legitime flecti potest, facile flecti solet, §. *instit. quib. mod. test. infr. 2. Cod. Comm. de leg. l. 69. pr. ff. de leg. 2. l. 15. Cod. de testam.* Quæ attulit Vinnius, ad jus vetus pertinent, quum nondum tantum auctoritatis tribuetur fideicommissis tacitis, Vinnii principia in foro vix admittuntur. HEIN.

TEXTUS.

Quibus pupillariter non substituitur?

9. *Extraneo vero, filio puberi hæredi instituto ita substituere nemo potest, ut si hæres extiterit, & intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit hæres: sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alii hæreditatem ejus vel totam, vel pro parte restituere; quod jus quale sit, suo loco trademus.*

NOTÆ.

Vel filio puberi) *l.* 7. *cod.* ubi Papinian. scribit verbis civilibus substitutionem post quartum decimum annum frustra fieri: ac proinde talis substitutio ne jure quidem fideicommissi valebit, nam quod frustra fit, nullo genere valere intelligitur.

Nemo potest) *Nemo* scilicet paganus: nam militi hæc concessa sunt, *l.* 5. 41. §. 4. *de testam. mil. l.* 15. *hoc tit. l.* 8. *Cod. eod.* ut & alia, quæ in paganis non obtinent, *l.* 2. §. 1. *hoc tit. l.* 15. §. *ben. de test. mil.*

Suo loco trademus.) *In fin. hujus lib. tit.* 23.

COMMENTARIUS.

1. *Militum privilegia circa directam substitutionem in casum pupillarem.*
2. *Apud Batavos & plerosque alios Belgii populos pupillarem substitutionem locum non habere; & an locus sit exemplari?*

QUÆ hoc §. traduntur, omnia consequentia sunt iis, quæ relata sunt initio hujus tit. Nam si parentibus tantum permissum est, liberis impuberibus, & iis duntaxat, quos in potestate habent, ita substituere, ut si hæredes extiterint, & intra pubertatem moriantur, alius sit eis hæres; ex eo omnino efficitur, neque parentes posse ita substituere liberis, quos in potestate non habent, nec si in potestate habeant, & puberes sint. Postremo nec omnino quemquam alium posse vel impuberi extraneo, vel puberi hoc modo substituere, ut si hæres extiterit, & intra aliquod tempus vita decesserit, alius ei hæres sit: in tantum, ut nec jure fideicommissi talis substitutio valeat, ut modo probavimus, & hic locus insuper confirmat, cum dicat Justinianus, neminem posse extraneo aut filio puberi, in casum, quo hæredes futuri sunt, substituere, sed tantum permissum esse testatori, ut hæredem institutum per fideicommissum obliget, &c. Cur enim requireret expressum fideicommissum, si ipsa directa substitutio in proposito jure fideicommissi defendatur, quod totidem verbis indicare poterat? ut bene disputat Dom. Viglius *hic*, & Anton. Fab. 15. *conj.* 12. contra DD. vulgo quos sequuntur Gomez, & Mantic. *ubi supr.* (1) Solis militibus concessum est, ut etiam liberis emancipatis, aliisve extraneis qui hæredes extiterunt, directo substituant: sed loco jus in his exercetur, quæ a milite ad eum, cui substituit, pervenerunt, non quæ aliunde, *l.* 5. *l. miles ita*, 41. §. 4. *de testam. milit.* Ejusdem privilegii est, quod miles liberis suis etiam post pubertatem directo substituere potest, sive compendio sive expressa certa post pubertatem ætate; utraque substitutio intra pubertatem valeat jure communi sive directo, *l. centurio*, 15. *hoc tit.* post eam ætatem ex privilegio militis jure fideicommissi, *l. precibus* 8. *C. eod.* & bona duntaxat patris contineat cum fructibus inventis in hæreditate, *d. l.* 17. id est, ut recte Govean. & Bus. *ibid.* Perez. *ad titul. Cod. de imp. & al subst. dum* 27. & 28. cum fructibus pendentibus, & maturis tempore mortis ipsius militis. Nam hi fructus augent hæreditatem. *l.* 9. *ad leg. Falcid.* ac per consequens in fideicommissariam hæreditatis restitutionem venire potest: neque ad hos fructus pertinet *l. fideicommissariam* 18. *in princ. ad SC. Trebell.* idque etiam crebrius placuit; licet Anton. Fab. *dict. loc.* Duar. *d. comment. cap.* 23. Hotoman. 1. *amicab.* 17. Don. in *dict. leg. precibus* 8. contendant, hujusmodi substitutiones a milite factas etiam post pubertatem valere jure directo. VINN. Nec male hi Interpretes, ex mea quidem sententia. Favent enim illis *l.* 5. *de testam. milits* & *l.* 15. *ff. hoc titul.* Ubi substitutus dicitur *capere* bona patris. *Capi* autem dicuntur ea, quæ jure directo valent, uti legata per vindicationem. Ulpian. *tit.* 24. §. 2. *seq.* Ita fere Merill. *Observ. lib.* 6. *cap.* 5. ubi & argumenta ab aliis in contrarium allata eleganter diluit. HEIN. Porro de fideicommissaria substitutione tractatur in *fin. hujus lib. tit.* 23. (2) Apud Batavos & Zelandos substitutioni pupillari locum non esse, utpote quæ originem trahit a singulari illa Romanorum in liberos potestate, quæ nobis incognita, tradit Dom. Grot. *lib.* 1. *mand. ad Batav. Jur. cap.* 6. & *lib.* 2. *cap.* 19. *in fin.* & secundum eum judicatum est. De cætero quoque Belgio (excipienda tamen Frisia) item refert Dom. Gudel. *lib.* 2. *de jur. novissi. cap.* 5. *sub. fin.* Nam etsi nos quoque potestatem in liberos nostros habemus, non talem tamen habemus, qualem Romani, quæ etiam ad bona liberorum propria se extendat: atque inauditum est, tantum nunc esse patriam potestatem, ut pater filio hæredem dare queat, qui succedat in universa filii bona, non solum quæ a patre ipso, sed etiam quæ aliunde ac cepit, atque adeo dare etiam exhæredato: sed utitur substitutione fideicommissaria. Iidem quoque tradunt, pari ratione mores hodiernos nec quasi pupillarem substitutionem agnoscere, inauditumque esse, patrem filio mente capto ea substitutione, quam ad exemplum pupillaris Justinianus induxit, testamentum facere: eique dare hæredem, Grot. & Gudelin *ubi sup.* Groenevv. *de leg. abroget. hic* Cæterum hoc non obstante nuper Curia Hollandiæ hujusmodi testamentum rescindere noluit, eo quod, ut allegabatur, exemplaris substitutio neque libera sit, nec avi patriæ potestatis, ut superius illa pendeat, sed in sola humanitate fundata sit; idemque matri & avo materno hic concessum, quod patri, nec patri minus circa liberos emancipatos, quam in potestate constitutos, vid. *sup.* §. 1. *eod.* Quamquam mores nostri totum hoc aversari videntur dare alii, quantumvis filio, hæredem: & admissa exemplari substitutione in liberis mente captis, ex ratione constitutionis Justiniani eadem porrigenda erit etiam ad liberos impuberes, etiam sane mentis sit, per ea, quæ *d.* §. 1. *n.* 3. Curiam tamen pro testamento pronuntiasse, postea intellexi. Sed & generis nostræ simplicitati conveniens esse multi existimant, ut substitutiones directis verbis in secundum casum factæ, puta si hæredi instituto, & in casum, *si hæres erit*, & intra certum tempus decesserit, alius directo substituatur, valeant jure fideicommissi quasi factæ in codicillis, *argum. l. Scævola* 76. *ad SC. Trebell.* & exemplo substitutionum militarium, *l. centurio*, 25. *ff.* junct. *l. precibus* 8. *Cod. hoc tit.* Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviss. cap.* 5. Cyprian. *cen. Belg. hic.* Groenev. *tract. de legib. abrog. eod.*

TITULUS DECIMUS SEPTIMUS.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR?

Dig. Lib. 28. *Tit.* 3.

Ratio ordinis.

EXposita sunt ea omnia, quæ ad constitutionem testamenti necessaria diximus initio tractatus de testa-

ſtamentis ordinandis. Sunt autem hæc tria: ut perſona teſtantis talis ſit, quæ teſtamenti factionem habeat; ut teſtamentum fiat adhibitis ſolemnitatibus & externis, videlicet præſentibus ſeptem teſtibus idoneis, &c. tum internis & quorumdam teſtatorum propriis, ſcilicet ut pater teſtaturus liberos, quos in poteſtate habet, hæredes inſtituat, aut nominatim exhæredet. His rebus aut una earum deficientibus, teſtamentum ab initio nullum eſt, *l. d. de injuſt. rupt. irr. fact. teſtam.* Ubi autem hæc omnia concurrunt, habemus id, quod hactenus quæſitum eſt, juſtum ſive jure factum teſtamentum, *l. 4. qui. teſt. fac.* Quia vero non ſatis eſt ad deferendam ex teſtamento hæreditatem, id ab initio juſtum eſſe, niſi & tale ad extremum perſeveret, recte atque ordine Imperator facit, quod prius nobis proponat modos, quibus teſtamenta rite facta infirmantur, quam progrediatur ad diſputationem de acquirenda vel omittenda hæreditate.

TEXTUS.

Quibus modis Teſtamenta infirmentur.

Teſtamentum jure factum uſque eo valet, donec rumpatur irritumve fiat.

NOTÆ.

Donec rumpatur irritumve fiat) *Rumpi & irritum fieri* privationem ſignificant, & ideo proprie nonniſi de iis, quæ jure ſubſiſtunt, prædicantur, *l. 5. hoc titul. do injuſt. rupto, &c.* privatio enim, ut in ſcholis dicitur, præſupponit habitum. Quæ vero teſtamenta non jure facta ſunt, injuſta & nulla dicuntur, veluti ubi ſolemnia deſunt, aut filius in poteſtate præteritus eſt, *l. 1. 3. §. 4. l. 6. §. 1. eodem.*

COMMENTARIUS.

Donec rumpatur irritumve fiat) Ratio infirmandi teſtamenti non una eſt: nam & ſententia judicis reſcinditur, ſi querela inſtituta inofficioſum pronuntiatum fuerit, de quo *tit. ſeq.* & a Prætore data bonorum poſſeſſione contra tabulas, *titul. de bon. poſſ. cont. tab.* & citra factum judicis aut Prætoris infirmatur ſola poteſtate juris: idque iterum duobus, iiſque diſcretis modis, quorum altero rumpi dicitur, altero *irritum fieri*. De teſtamento rupto diſputatur uſque ad §. 4. inde de irrito, adjectis in calce aliquot declarationibus. Quia vero Juſtinianus rem totam non plane explicat, nos operam dabimus, ut quicquid hujus rei eſt, penitus percipi poſſit ex noſtra in ſingulos hujus *titul.* §§. explicatione. De bonorum poſſeſſione contra tabulas, qua & ipſa jure Prætorio teſtamentum reſcinditur, demum dicemus in ſecunda ſpecie acquiſitionis per univerſitatem, *inf. lib. 3. tit. 19.*

TEXTUS.

Quando teſtmentum dicatur rumpi?
Primum de adoptione.

1. *Rumpitur autem teſtamentum, cum in eodem ſtatu manente teſtatore ipſius teſtamenti jus vitiatur. Si quis enim poſt factum teſtamentum adoptaverit ſibi filium per Imperatorem, eum, qui eſt ſui juris, aut per Prætorem, ſecundum noſtram conſtitutionem, eum, qui in poteſtate parentis fuerit, teſtamentum ejus rumpitur quaſi agnatione ſui hæredis.*

COMMENTARIUS.

Cum in eodem ſtatu manente teſtatore) Toties rumpi teſtamentum dicitur, quoties evertitur manente teſtatore in eodem ſtatu: cum vero ſtatum mutat, id eſt capite minuitur, non rumpi, ſed irritum fieri teſtamentum proprie dicitur, §. 4. *infra eodem*. Apparet igitur, *in eodem ſtatu* hic dici oppoſitive reſpectu ejus modi, quo teſtamentum infirmatur ob id, quod teſtator in eodem ſtatu non manſit: quare expungenda eſt a paraphraſi Theophili negatio, & pro μη μένοντος, legendum μένοντος ἐπὶ τῆς αὐτῆς καταστάσεως: quomodo & in duobus regiis codicibus legis teſtatur Fabrotus. Porro ut teſtatoris ſtatu non mutato teſtamentum infirmetur, uno verbo ut rumpatur, bifariam contingit, agnatione ſui hæredis, & mutatione voluntatis: ille modus hoc §. alter ſequenti, uno uterque exemplo declaratur.

Adoptaverit ſibi filium per Imperatorem) Id eſt adrogaverit: eſt enim periphraſis adrogationis, quæ ſpecies adoptionis eſt, per quam interveniente Principis auctoritate eum in filium adſciſcimus, qui ſui juris eſt. Stante repub. populum auctorem fieri neceſſe erat, ut annotatum eſt *lib. tit. de adoption.*

Secundum noſtram conſtitutionem) *L. pen. Codice de adopt.* vide *ſup.* §. 2. *eodem*, qua diſponit, ut ſi filius extraneæ perſonæ in adoptionem daretur, jura patris naturalis integra ſervarentur, ſi vero perſona non extranea, puta avus, nepotem ex filia aut filio emancipato in adoptionem acciperet, ſolvi jus patris naturalis, & tranſire adoptatum in poteſtatem & familiam hujus patris adoptivi. Significat igitur, hoc caſu per adoptionem teſtamentum rumpi, quaſi agnatione ſui hæredis, illo non item: cum olim indiſtincte quavis adoptione, ſicut adrogatione rumperetur, *l. 8 de injuſt. rupt. teſtam.* Cæterum hi ita rumpunt, ſi præteriti ſint: nam ſi quis hæres antea inſtitutus erat, poſtea a teſtatore adrogetur, vel adoptetur, poteſt dici, ei ſatisfactum eſſe, *l. ſi quis 18. eod. tit. l. filio 23. §. 1. de lib. & poſthum.* Quid ſi exhæredatus ſit? Et Ulpianus Marcelli & Papiniani ſententiam probat, ut exhæredatio extraneo ſcripta ei poſtea adoptato non noceat, noceat autem filio emancipato, qui poſtea adrogatus ſit, *l. 8. ſi quis 7. & ſeq. cont. tab. d. l. 23. in princ. de lib. & poſth.* credo, quia in perſona extranei exhæredatio inepta & nulla eſt, de quo conſule Vigl.

Quaſi agnatione ſui hæredis) *L. verum 8. de injuſt. rupt.* multoque certius ſui hæredis agnatione vera & naturali, cum ſcilicet poſt teſtamentum factum teſtatori filius ex uxore naſcitur, *l. 3. §. de injuſt. rupt.* Similiter ſi nepos, qui tempore teſtamenti facti ſuus hæres avo non erat, patre remoto, in locum ſui hæredis vivo avo ſucceſſerit, quaſi agnaſcendo teſtamentum avi, quo præteritus eſt, rumpit, *l. poſthumorum 13. de tit.* quæ ſpecies forte hic ideo non repetuntur, quia alibi propoſitæ ſunt, §. 1. & 2. *ſup. de exhær. lib.* Huc etiam pertinent liberi naturales ſuſcepti ex concubina; & poſt factum teſtamentum legitimati, ſive in ſequenti matrimonio, ſive curiæ oblatione, ſive per reſcriptum Principis. Nam cum hi etiam jura ſuorum hæredum conſequantur, §. 2. *inf. de hæred. quæ ab int. Nov. 89. cap. 8. & 9.* neceſſe eſt, ut & ipſi a patre præteriti teſtamentum rumpant quaſi agnatione.

TEXTUS.

De posteriori testamento.

1. *Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur: nec interest, extiterit aliquis hæres ex eo, an non. Hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit hæres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam hæreditatem adiret, decesserit, aut conditione, sub qua hæres institutus est, defectus sit; in his casibus paterfamil. intestatus moritur. Nam & prius testamentum non valet ruptum a posteriore, & posterius æque nullas vires habet, cum ex eo nemo hæres extiterit.*

NOTÆ.

1. *Superius rumpitur*) Etiamsi nominatim non revocetur, *l. 1. l. 2. eod. l. 27. Cod. de testam.* Ea quippe voluntas rata esse debet, quæ novissima, *l. 4. de adimpl. leg.* sic etiam leges posteriores & pacta novissima derogant prioribus. Rumpitur quoque testamentum corruptis tabulis, puta deletis, incisis, cancellatis, &c. *l. ult. hoc tit. l. 1. §. ex. pl. pen. §. 2. seq. tab.*

Aut conditione defectus) Etenim tam solemne riteque per omnia factum testamentum habetur, quo hæres institutus est sub conditione, quam quo pure, *§. 9. sup. de hær. inst.*

COMMENTARIUS.

1. *Vis & effectus incisionis testamenti, delationis, scripturæ cancellationis, &c.*
2. *Inciso, deleto, cancellato, &c. testamento, utrum hæreditas fisco applicetur, an deferatur hæredibus legitimis?*
3. *An jura de incisione, inductione, &c. agentia accommodari debeant ad testamenta nuncupativa, de quibus instrumentum conficitur, ut nunc moris est?*
4. *Cur prius testamentum etiam tabulis manentibus integris semper rumpatur a posteriore?*
5. *Ad firmandum prius testamentum necesse non esse, ut id in posteriore nominatim revocetur.*
6. *Error Bachovii notatur & corrigitur.*
7. *Quid si prius testamentum contineat clausulam derogatoriam posterioris voluntatis?*
8. *Prius testamentum per posterius tolli, etiamsi ex posteriore nemo hæres extiterit.*
9. *Quibus modis fiat, ut hæres deficiat, & testamentum destituatur?*

SEcundus modus, quo testamentum initio rite factum postea rumpitur, est mutatio voluntatis testatoris. Hic modus iterum duplex est; nam & corruptis tabulis ita rumpitur, & integris manentibus. Corruptis, si testator testamentum inciderit, laceraverit, scripturam induxerit, deleverit, cancellaverit, signa amoverit aut turbaverit, *tit. de his quæ in testam. delent. l. ult. de injust. rupt. testam. l. ad testium 22. §. 3. qui testam. fac. 1. §. penult. l. penult. §. 2. de bon. poss. secund. tab. l. 12. l. pen. Cod. de testam.* nisi forte non consulto, sed incaute quid horum fecerit, aut ignorante eo contigerit: nam tunc si legi adhuc quod scriptum est utcunque poterit, ratum manebit testamentum, *l. 1. de his quæ in test. del. d. l. pen. Cod. de test.* Plane inductio aut cancellatio non ultra operabitur, quam scriptura inducta aut cancellata est, *l. 2. & 3. de his quæ in testament. del.* (2) Neque ex pluribus testamenti codicibus uno deleto aut inciso testamentum sublatum esse intelligitur, nisi hi qui ab intestato venire desiderant, probaverint, id ideo a patrefam. factum esse, ut intestatus moreretur, *d. l. ult. eod. tit.* His autem modis testamento rupto; hæreditas non applicabitur fisco, sed deferetur hæredibus ab intestato, *d. l. pen. Cod. de testam. l. 1. §. pen. unde liberi l. ult. de his quæ in testam. del.* nisi speciali odio hæredum inductio facta probetur, quo in casu tamquam ab indignis hæreditatem fiscus aufert, *l. 3. d. tit. l. cum tabulis 16. §. 2. de his quæ ut indign.* Clar. *§. Testamentum q. 93. n. 2.* Mantic. *de conject. ult. vol. lib. 12. tit. 1. n. 31.* Paul. Bus. *ad l. 2. & seqq. de his quæ ut indign.* Quæ de incisione aut cancellatione testamenti dicuntur, ea constat ad testamenta nuncupativa, qua talia sunt, applicari non posse. Sed an his modis item rumpantur, quæ, uti hodie moris est, per nuncupationem quidem fiunt, sed ita ut voluntas suprema jussu testatoris scripto comprehendatur a Notario in scheda, unde mox diligentius exscribatur & in forma redigatur instrumenti, quæsitum est. Julius Clarius *d. loc.* existimat, incisionem aut cancellationem instrumenti ad cessationem & annullationem talis testamenti non sufficere, si protocollum Notarii integrum relictum sit; quod & Viglio placere videtur, *in §. pen. hoc tit.* cum ait, non minus talia testamenta ex verbis & voce substantiam capere, quam quæ scripta non sunt, & ideo discerptis scripturis nihilominus permanere: cujus auctoritatem Senatus hujus provinciæ in judicando aliquando secutus est, *decis. Cur. Holl. 1.* eamdemque sententiam & Peckius probat. *lib. 1. de test. conjug. cap. 4.* Sed videamus, an non & hæc testamenta in hoc, de quo quærimus, jure scriptorum censenda sint, cum Paul. Castrens. in *l. pen. Cod. de testam. num. 7.* Vasq. *lib. 2. de success. creat. requis. 8. n. 62. & requis. 17. num. 63.* Grass. *§. testamentum quæst. 85. n. 2.* Bachov. *in Treutl. vol. 2. disput. 10. thes.* Utique enim ex incisione aut deletione certo colligitur, testatorem noluisse testamentum amplius valere: neque ratio patitur, ut destructo deletove instrumento, in quo tota vis probationis consistit, dicamus, testamentum nihilominus robur suum retinere. Sciendum namque est, postquam ex voluntate testatoris quæ schedula continebatur, in instrumentum collata sunt, simul omnem illius vim in instrumentum collatam censeri: ac proinde, cessante jam officio schedulæ, totam vim depositionis a solo instrumento dependere, adeo mortuo testatore nihil amplius ad probationem ultimæ voluntatis desideretur, ut post Gloss. & Bart. *in l. hæredes 11. de testam.* plerique tradiderunt. Sichard. *in l. hac consultissima 21. §. per nuncupationem n. C. eod.* Mantic. *de conject. ul. vol. lib. 1. t. 6. n. 6.* Afflict. *dec. 166. num. 2.* Neque obstat huic sententiæ *l. ult. de his quæ in testam. del.* quoniam textus ille procedit, quando ex pluribus unius testamenti instrumentis æque principalibus unum forte delevit aut incidit, non omnia, uti species proponitur, & in terminis respondet Castr. *ubi sup.* Etsi autem protocollum Notarii integrum relictum sit, ex eo tamen voluntas ultima conservata intelligi non debet: quoniam protocollum nihil ad testatorem, sed Notarius ex officio illud conficere tenetur fidei, & collationis gratia, & quia instrumentum amitti potest. Cæterum priorem sententiam & Senatus Sabaudiæ probavit. Ant. Fab. *Cod. suo de testam. decis. ult.* (4) Integris tabu-

bu-

bulis manentibus testamentum rumpitur ob mutationem voluntatis, si testator aliud testamentum fecerit; qui modus proponitur hoc §. & hanc rationem habet, quod unumquodque testamentum plenam universi juris successionem continet; ac proinde quicumque testamentum facit, censetur de omnibus bonis disponere, ut non magis duo testamenta simul consistere possint, quam duo domini ejusdem rei in solidum constitui. Igitur cum ex pluribus testamentis unum tantum consistere possit, id valere debet ex voluntate ipsius defuncti, quod novissime factum est, per vulgata. Non obstat, quod sententia judicis prima, non postrema, rata habeatur. Non enim ut testantis voluntas ambulatoria est, ita & judicis: sed judex simul ac sententiam dixit, officio suo functus est; & ideo iterum de eadem re pronuntiandi potestatem non habet, *l. judex 55. de re jud.* Plane ut priores tabulæ jure factæ tollantur, oportet sequentes quoque jure ordinatas & perfectas esse, de quo plenius *sub §. penult. inf. eod.*

Superius rumpitur) *l. 1. l. 2. de injust. rupt. test.* & quidem ob hoc solum, quod aliud testamentum postea factum est, quod Justinianus significat, *l. sancimus 27. Cod. de testam.* cum ait, secundo testamento perfecto, prius tolli ipso jure. Non est igitur necesse, ut posteriore testamento mentio fiat prioris, nominatimve id revocetur, quod ipsius etiam rei natura satis demonstrat; ac proinde supervacua est notariorum clausula, quam posterioribus tabulis inserere solent, nimirum testatorem revocare, cassare, & annullare testamenta antea a se facta. His autem consequens est, & codicillos, si qui facti fuerint, per posterius testamentum everti, quamvis expresse revocati non sint: cum enim testamento facto, codicilli jus ejus sequantur, eo infirmato, simul concidant necesse est, *l. 3. §. ult. l. ab intestato 16. de jur. cod. l. Cod. eod. tit.* VINN. Hujus juris elegans ratio reddi potest ex ipsa natura testamenti. Testamentum olim erat lex. Hinc concedebatur in comitiis calatis: hinc utendum erat verbis directis & legislatoriis; *hæres esto*; *damnas esto*, *capito*, *sinito*: *&c.* hinc ipsum vocabulum duodecim Tabul. LEGARE, quasi *legem dicere* νομοθετεῖν. Quemadmodum itaque lex posterior tollit priorem: *l. ult. ff. de const. princ.* consequens videbatur, ut & testamentum posterius sine nova revocatione rumperet prius. Et id principium, uti alia retinuere veteres Jurisconsulti quum jam obsolevisset ritus testandi in comitiis, & testamenta jam formam mancipationis per æs & libram induissent. VINN. Quamobrem non recte Bachovius scribit, generalem clausulam, qua revocatur omnis præcedens dispositio, supervacuam quidem esse, quod attinet ad infirmationem prioris testamenti; cum id hoc ipso, quod aliud conditum est, evertatur; non autem quoad codicillos ante factos, quippe qui alias cum testamento consisterent. Hoc enim falsum esse, & sublato priore testamento per consequentiam etiam codicillos corruere, etiamsi nulla revocatio prioris voluntatis facta sit, ex locis modo allegatis perspicue patet. Plane si nullum testamentum, sed codicilli tantum antea facti proponantur, testamento postea facto, hujuscemodi clausula otiosa non erit, postquam placuit, codicillos, qui testamentum præcedunt, facto postea testamento vim suam non amittere, nisi appareat testatorem a voluntate, quam in codicillis expresserat, recessisse, *§. 1. inf. de codic.* Et fortassis hoc etiam sensit Bachovius. Sed quid si prius testamentum contineat clausulam derogatoriam posterioris voluntatis? Interpretes comm. censent, prius testamentum habens talem clausulam per posterius quantumvis numeris omnibus absolutum non tolli; ac ne tunc quidem quando posterius continet revocationem generalem præcedentium omnium dispositionum: sed omnino ad infirmationem primi testamenti derogatorii necessarium esse, ut illius specialis mentio & expressa revocatio fiat in secundo, per *l. si quis 22. de leg. 3.* Gomez. *ad l. Tauri 3. n. 29.* Covarr. *de test. p. 2. rubr. n. 5.* Vasq. *de success. res. lib. 1. §. n. 29. & seqq.* Clar. *d. §. testamentum q. 99.* Mantic. *de conj. ult. vol. lib. 12. tit. 8.* Peck. *1. de testam. conjug. c. 10.* Grass. *§. testamentum q. 86. & seq.* Jac. Vervvey *art. test. cap. 13.* Quæ sententia rationi juris parum convenire videtur, *arg. l. 6. §. 2. de jur. Cod. l. ult. in pr. de legat. 2. d. l. 22. de leg. 3. l. 4. de adm. legat. cum simul.* Notatur a Cujac. *14. obser. 7.* Anton. Merend. *l. 4. cons. c. 49.* Ant. Faber eam numerat inter gravissimos errores, quos antiqui Glossatores invexerunt; *decis. 37. err. 7. & seqq. & decis. 38. err. 1. & decis. seq.* In foro tamen recepta ac præjudiciis supremorum tribunalium comprobata est, Guid. Pap. *quæst. 127.* Papon. *lib. 2. tit. de testam. arrest. 4. & 5.* Anton. Fab. *Cod. suo de testam. tit. defin. 9. & seqq.* Joann. a Sande *lib. 4. tit. 1. definit. 10.* Nec deest color, quo tegi possit. Grot. *2. manuduct. cap. 24.*

Nec interest, extiterit aliquis hæres ex eo, &c. Quæ sequuntur, continent ampliationem quamdam regulæ initio positæ, nimirum, prius testamentum tolli per posterius, non tantum cum ex posteriore hæres extiterit, sed etiam eo destituto, *l. 1. 16. de injust. rupt. testam. l. 9. de lib. & posth.* Quod hanc rationem habet, quod aditio hæreditatis ad substantiam aut perfectionem testamenti quæ sola hic requiritur, non pertinet; nec prioris testamenti sublatio pendet ab eventu aliquo, aut casu contingente post mortem testatoris, sed illud statim vivo adhuc testatore, ipso jure per posterius rumpitur, ut proinde si posteriores tabulæ jure ordinatæ sint, ut ex iis hæreditas adiri potuerit, etiamsi contingat, ex iis hæreditatem non adiri, priores tamen tabulæ utpote semel ruptæ non restituantur. Pari ratione, si posthumus priori testamento institutus, vel exhæredatus sit, posteriore præteritus, & nato posthumo posterius rumpatur, nihilo magis restituetur prius: quod exemplum hic profert Bachovius.

Si quis aut noluerit, &c.) Enumeratio modorum quibus fit, ut hæres deficiat, & testamentum destituatur. Id fit in summa dupliciter, vel quia hæres scriptus non vult hæres esse, repudiatque hæreditatem; vel quia hæres esse non potest; quod contingit, si vel decesserit vivo adhuc testatore, aut post mortem ejus, antequam hæreditatem adiret, (neque enim hæreditas non adita ad institutos hæredes transmittitur, exceptis personis comprehensis *l. ult. Cod. de his qui ant. ap. tab. l. un. §. in novissimo, 5. C. de cad. toll.*) vel quia conditio, sub qua hæres institutus erat, defecit. Hinc autem apparet, prius testamentum non eo minus rumpi per posterius, quod in priore hæres pure, in posteriore sub conditione scriptus est, quamvis in uno eodemque testamento subjecta puræ institutioni conditio nihil operetur, *l. si te 27. §. 1. de hær. inst.* Etenim tam solemne riteque per omnia factum habetur testamentum, quo hæres institutus est sub conditione quam quo pure, *§. hæres, 9. sup. de hær. inst.* pendetque hoc totum a sola voluntate testatoris. Contractus vero puros per conditionales non resolvi, mirum non est, veluti si id, quod pure emi, rursus emam sub conditione: nam posteriore emptione ideo nihil agitur, quia jam mihi quæsita est actio ex emptione, *l. 7. in pr. de resc. vend.*

His

His casibus paterf. intestatus moritur) Id est, exitum intestati facit, res redit ad causam intestati: nemine enim hæreditatem adeunte vis omnis testamenti solvitur, adeo ut nihil intersit, utrum aliquis testatus non sit, an hærede destituatur, *l. si nemo* 18. *de reg. jur.* Sed de hoc ex professo *inf. tit. de hær. quæ ab int. def. in pr.*

TEXTUS.

De posteriore, in quo hæres certæ rei institutus.

3. *Sed & si priore testamento jure perfecto posterius æque jure fecerit; etiamsi ex certis rebus in eo hæredem instituerit; superius testamentum sublatum esse, Divi Severus & Antoninus Augusti rescripserunt: cujus constitutionis verba & hic inseri jussimus, cum aliud quoque præterea in ea constitutione expressum sit.* Imperatores Severus & Antoninus Augusti Cocceio Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum hæres scriptus sit, perinde jure valere, ac si rerum mentio facta non esset: sed & teneri hæredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta, ex lege Falcidia, hæreditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissi verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet: *Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.*

NOTÆ.

Ex certis rebus) Nam non minus recte instituitur hæres ex re certa, puta ex fundo, quam ex parte hæreditatis, *l.* 1. §. 4. *l.* 9. §. 13. *l.* 10. *de hær. inst.*

Ac si rerum mentio facta non esset) Rei enim mentio potestate juris detrahitur, *dd. ll.* quia contradictionem implicat, hæredem esse rei singularis. Itaque universa bona obtinebat, nisi cohæredem simpliciter, aut ex parte scriptum acceperit: tunc enim legatarii loco est, *l.* 41. *in fin. de vulg. & pup. l.* 23. *C. de hær. inst.*

Ut valeret prius testamentum) Hæc clausula cum hoc efficere nequeat, ut prius testamentum in suo robore duret, & ita duo sint unius testatoris testamenta, sic accepta est, quasi vim prioris testamenti in causam fideicommissi & codicillorum convertere testator voluerit, *l.* 19. *de testam. mil.*

COMMENTARIUS.

1. *Appellatione quartæ Falcidiæ veteres passim & quartam Senatusconsulti intelligere.*
2. *Fideicommissa quandoque induci & sine verbis fideicommissorum propriis ex voluntate testatoris.*
3. *Doctrinam hujus §. ad testamentum militum non pertinere, uti nec superioris.*

ETiamsi ex certis rebus) Alia ampliatio præcedentis doctrinæ ex Mæciano, *l. si quis* 29. *ad SC. Trebell.* descripta, qua docemur, testamentum prius rumpi per id, quod secundo loco factum est, etiam tunc, cum in posterioribus tabulis hæres ex certis rebus, aut una aliqua re singulari, veluti fundo, institutus est: idque efficitur certissima juris ratione. Nam non minus recte instituitur hæres ex re certa, quam simpliciter, aut ex parte hæreditatis; placetque hujusmodi institutionem valere perinde ac si rei mentio facta non esset, ut si quis solus ita institutus sit, is omnium bonorum hæreditatem consequatur, *l.* 1. §. 4. *de hær. inst. l. cohæredi*, 41. *in fin. de vulg. & pup.* Cum igitur tale testamentum jure consistat, necesse est, ut si secundo testamento hæres certæ rei scriptus fuerit, prius rumpatur juxta regulam.

Ac si rerum mentio facta non esset) Si quis ex re certa hæres institutus sit, valet institutio non ut ex ea re hæres fiat; (nam hæredem esse rei singularis contradictionem implicat, cum hæres sine universitate bonorum intelligi non possit:) sed ut rei mentione potestate juris detracta perinde habeatur, quasi simpliciter hæres scriptus esset; *l.* 1. §. *si ex fundo*, 4. *l.* 6. §. *si duo*, 13. *l.* 10. *de hær. inst.* & proinde nisi cohæredem habeat, universam hæreditatem obtinebit, *leg. cohæredi*, 41. *in fin. de vulg. & pupill.* Vide, quæ scripsimus *sub* §. *hæreditas*, 5. & §. *& si plures*, 8. *supr. de hær. inst.*

Suppleta quarta ex lege Falcidia) Id est, ex Senatusconsulto Pegasiano, quo quartæ ex fideicommisso hæreditatis retentio aut suppletio, si minus relictum est, qui casus hic proponitur, permissa est: aut potius juxta mentem Justiniani, ex Senatusconsulto Trebelliano; postquam Pegasianum abolitum, & vis ejus omnis in Trebelliano translata est, §. *sed quia*, 7. *infr. de fideicomm. hær.* Familiare autem & perpetuum veteribus est, ut etiam eam quartam, quæ ex Senatusconsulto deducitur, quartam Falcidiæ appellent, ut videre est *in l. ratione*, 30. §. *tametsi*, 7. *leg. Titia*, 86. *l. acceptis*, 93. *ad l. Falcid. l. mulier*, 22. §. 2. *l. deducta*, 58. §. 3. *ad SC. Treb. l.* 2. *in fin. de jur. eod. l.* 10. *Cod. ad leg. Falcid. cum similib.* Quamobrem nescio quid sibi velit Pacius in margine lectorem monens, ne quarta falcidiæ hoc loco pro quarta Trebelliani positam somniet. Quin illa potius somniculosi hominis monitio est. In analysi sua cautior fuit. VINN. Ideo autem quarta hæc vocari aliquando videtur Falcidia, quia Senatusconsulta sæpe legum nomine veniunt earum, ad quas facta sunt. Senatusconsultum autem Pegasianum videtur factum ad Legem Falcidiam, & quartam quam illo a legatariis detrahi concesserat, ad fideicommissa protulisse. Recte Jac. Goth. *ad leg. Pap. Popp. cap.* 17. *p.* 332. *Quæ Senatusconsulta ad leges sequuta, ea Jurisconsulti ipsis legibus tribuere solent.* Exemplum est in *l.* 27. *Cod. de nupt.* ubi *legi Juliæ & Papiæ* tribuitur: quod est ex Senatusconsultis *Persiciano, Claudiano, &* *Calvisiano*, ad illam legem factis, teste Ulp. *Fragm. tit.* 16. §. 3. HEIN.

Quibus ut valeret prius testamentum) Propter hanc clausulam potissimum verba constitutionis Severi & Antonini jussu Justiniani hic inserta sunt. Certi juris est, posse testatorem ab eo, quem hæredem instituit, fideicommissum relinquere, eumque rogare, ut hæreditatem alteri restituat; proinde etsi quis in re certa institutus est, quia valet institutio, etiam fideicommissum hæreditatis utiliter ab eo relinquetur. Ut autem fideicommissum utiliter relictum intelligatur, non præcise requirimus expressionem verborum, quæ fideicommissorum propria sunt, ut, *peto*, *volo*, *rogo*, *fidei tuæ committo*: sed plerumque etiamsi sine his verbis admittitur ex sententia, & voluntate testatoris, *leg. ubi*, 19. §. 1. *ad SC. Treb.* Quod etiam accidit in proposito, cum testator posteriore testamento cavet, ut prius quoque testamentum valeat: desunt enim hic verba fideicommissi, sed optima ratione ex eo, quod cautum est, colligitur. Voluit testator, cum secundum testamentum ordinaret, prius nihilominus valere. Id inutiliter hactenus cavetur, ut ad hæredes priore testamento scriptos directo hæreditas per-

perveniat, ne duo sint testamenta ejusdem testatoris: sed ut manifesta voluntas defuncti, quoad per jus licet, conservaretur, verba directa istius clausulæ ad causam fideicommissi tracta sunt, & benigne sic accepta, quasi hæres posteriore testamento scriptus rogatus esset hæreditatem restituere his, qui scripti sunt in priore. Doctrina hujus & superioris §. ut hoc in transitu moneam, ad testamenta militum non pertinet. Nam militi licet plura testamenta facere, sive simul, sive separatim: nec prius per posterius rumpitur, si hoc animo miles fuerit, ut utrumque valeret. Quamobrem si in posteriore testamento expresse caverit, ut prius quoque valeat; per hoc efficitur, ut duo sint testamenta, & tam prior, quam posterior voluntas valeat jure directæ institutionis. Sed si posteriore testamento verbis precariis usus fidei hæredis commiserit, ut priores tabulæ valerent; in causam fideicommissi & codicillorum vim prioris testamenti intelligitur convertisse, *leg. quærelatur*, 19. *de test. mil.*

T E X T U S.

De testamento irrito, & quibus modis sit irritum?

4. *Alio autem modo testamenta jure facta infirmantur, veluti cum is, qui fecit testamentum, capite diminutus sit, quod quibus modis accidat, primo libro retulimus.*

COMMENTARIUS.

HActenus de primo modo infirmandi testamenti ipso jure, quo scilicet infirmetur salvo statu testatoris, & *rumpi* specie dicitur. Sequitur alter, quo infirmatur statu testatoris mutato: qua mutatione superveniente in usu juris proprie dicitur *irritum fieri*, *leg.6.§. irritum*, 5. *l.* 52. *in fin. princ. de injust. rupt. testam.*

Capite diminutus) Nec interest, qualis capitis diminutio intervenerit; omnibus enim modis, capitis diminutione status hominis mutatur, *sup. de ca. dem. lib.* 1. & testamentum non est, nisi hominis liberi, civis Romani, & patrisf. quæ tria duobus temporibus in testatore requiruntur, testamenti facti & mortis, §. *non tamen*, 6. *infr. eod.* Si vero quid postea supervenerit, quod statum & conditionem personæ testatoris non mutet, veluti si post testamentum factum in furorem inciderit, aut bonis ei interdictum fuerit, aliud juris est, & testamentum ratum manet. De quo actum *supr. tit. quib. non est perm. fac. test.* Et primum igitur irritum fit testamentum capitis diminutione maxima, quia per eam testator in servitutem redigitur, *d. l. 6. §. irritum*, 5. Excipitur tamen quod factum est ab eo, qui ab hostibus captus est ante captivitatem: quippe quod juris postliminii aut legis Corneliæ commento sustinetur, *d. l. 6. §. pen. l.* 12. *qui test. fac. §. ult. supr. quib. non est perm. fac. test.* ubi latius hic explicatur. Secundo capitis diminutione media puta si testator in insulam deportatus fit: quoniam hoc modo e numero civium Romanorum tollitur, & ea omnia, quæ juris civilis sunt, amittit, §. 1. *supr. quib. mod. jus pat. pot. solv. l. sunt quidam*, 17. §. 1. *de pæn.* Quod autem Jurisconsultus *d. l. 6. ejus* 7. ait, testamentum ejus, qui deportatur, non statim irritum fieri, sed tunc demum, cum factum Princeps comprobavit, id explicandum ex *l.* 2. §. 1. *de pæn. l.* 6. §. 1. *de interd. & regul.* atque ad præsidem referendum est, qui jus deportandi non habet: Proconsul enim & Præfectus urbi habent, *dd. l.* Postremo & minima capitis diminutione testatoris testamentum ejus irritum fit, puta si se adrogandum dederit, *l. pen. §.* 2. *de bon. poss. sec. tab. §. non tamen*, 6. *infr. h. tit.* quoniam filiusfam. nec facere testamento, nec cum testamento decedere potest. An autem emancipatione filiifam. veterani testamentum de bonis castrensibus factum irritum fiat, quod negat Jurisconsultus, *d. l. 6. §. ult.* alibi tractatum est, §. *denique*, 5. *sup. de mil. test.* Atque hic casus a testatore venit. Est & alius, qui venit ab hærede, quo & ipso superveniente testamentum irritum fieri dicitur, scilicet si ex testamento nemo hæres extiterit: defectu enim hæredis etiam irritum dicitur fieri testamentum *l. 1. de injust. rupt. irrit. fact. test. l. filium*, 20. *de bon. poss. contr. tab. & in fragm.* Ulpian. *tit.* 23. §. & recte quidem: nam in hæredis aditione atque existentia consistit vis omnis atque effectus testamenti. Cæterum sæpius hoc casu testamentum dicitur *destitui*, aut *deseri*, §. *cum autem*, 7. *& seqq. de hær. quæ ab int. l.* 9. §. 1. *de lib. & post. l. ult. de cond. inst.* Nonnunquam etiam distinguitur hic casus a testamento irrito facto, restricto scilicet irriti vocabulo ad ea testamenta, quæ infirmantur statu testatoris mutato, *l.* 1. *in pr. de suis & leg. hær. infr. de hær. quæ ab int. in princ.* Nec videtur hic modus proprius esse hujus loci, in quo id solum quæritur, an idoneum sit testamentum ad deferendam hæreditatem. Raro etiam hodie contingit, ut testamentum destituatur, postquam Justinianus aliis etiam personis potestatem adeundi fecit, *Nov.* 1. *c.* 1. de quo D. Grot. *lib.* 2. *manuduct. cap.* 24. *vers.* 300. *Evanesc.* VINN. Accedit & alia ratio, quod ejus novum invexerit beneficium inventarii *l. ult.* §. 4. *C. de jur. delib.* Quum enim inventarii rite confecti is sit effectus, ut hæres non teneatur ultra vires hæreditatis §. 15. *Inst. de hær. qual. & diff.* non temere quis repudiabit hæreditatem, sine periculo a se adeundam. HEIN.

T E X T U S.

Cur dicatur irritum?

5. *Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, quum alioqui & quæ rumpuntur irrita fiant; & ea, quæ statim ab initio non jure fiunt, irrita sunt. Sed & ea, quæ jure facta sunt, & postea per capitis diminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sane commodius erat, singulas causas singulis appellationibus distingui: ideo quædam non jure facta dicuntur, quædam jure facta rumpi vel irrita fieri.*

N O T Æ.

4. *Hoc casu irrita*) Etiam irritum fieri testamentum dicitur, si ex eo nemo hæres extiterit, *leg.* 1. *h. tit. l.* 20. *contr. tab.* Ulpian. *dict. loc.*

COMMENTARIUS.

NON est novum in artibus & præsertim in hac nostra disciplina, ut verba, quæ vi sua generalia sunt, doctrinæ & distinctionis causa contrahuntur ad significandam certam speciem, quo magis singulæ res singulis verbis ad certam speciem traductis intelligantur, ut hic ostenditur exemplo rupti & irriti facti testamenti. Sic adoptio, cognatio, pactio, contractus, actio, &c. nomina sunt, quæ per se generalem significationem habent, sæpe tamen his certa species ex instituto loquentis deno-

denotatur; quod tunc maxime fit, cum junguntur nominibus cognatæ significationis,

Et quæ rumpuntur irrita fiant) Rarissime autem hæc a nostris confunduntur, quamquam tamen aliquando. Ita non attenta hac distinctione usuve speciali horum verborum, irritum testamentum fieri dicitur, cujus tabulæ incisæ aut inductæ sunt, *leg.* 3. *circa fin. l. ult. de his quæ in testam. del. l. in fraudem*, 15. §. 1. *de test. mil.* quo tamen casu testamentum proprie rumpi dicitur, si specialem verborum significationem spectamus.

Quæ ab initio non jure fiunt, irrita sint) Testamentum, quod ab initio non jure factum est, injustum nostri appellant, ut apparet ex inscriptione & *leg.* 1. *tit. de injust. rupt. irrit. fact. test.* Hoc recte quidem & irritum dici potest, at ruptum nequaquam. Et notandum quoque quod ait, quæ ab initio non jure fiunt, irrita esse, non irrita fieri: nam irrita esse ea recte dicimus, quæ numquam constiterunt, irrita fieri, ut & rumpi, ea demum, quæ cum antea constarent, eversa sunt. Privationem enim significant: privatio autem, ut in scholis loquuntur, præsupponit habitum. Allegatur a nostris in eam rem *lex* 5. *de injust. rupt.*

Singulas causas) Κατὰ ... *singula vitia*, ut hæc appellant juris auctores, *leg.* 1. §. 3. *de tab. exhib. l.* 2. *C. de edict. ff. Hadr. toll. leg.* 11. *Cod. de probat.*

TEXTUS.

Quibus modis convalescit?

6. *Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ ab initio jure facta, per capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem testium signis signata sunt, potest scriptus hæres secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere: si modo defunctus, & civis Romanus & suæ potestatis mortis tempore fuerit. Nam si ideo irritum factum sit testamentum, quia civitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit, & mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus hæres secundum tabulas bonorum possessionem petere.*

NOTÆ.

6. *Irrita facta sunt*) Sed neque in causa testamenti rupti semper obstat vitium, quo minus ex eo bonorum possessio peti possit; veluti si posthumus præterito vivo testatore decesserit, *l.* 12. *de lib. & post.* item si testator supremas tabulas incidit, ut priores supremas relinqueret, *leg. pen.* §. 2. *sec. tab.* Sed & si filius præteritus abstineat, voluntas ex æquo & bono sustinetur, *l.* 17. *hoc tit.* Non idem est, si testamentum non consistat propter inhabilitatem personæ testatoris, aut defectum solemnium, *l.* 1. §. 8. *sec. tab. l.* 12. *C. de test.*

Et suæ potestatis) In eo qui testamento facto se adrogandum dedit, non satis est ad obtinendam ex eo bonorum possessionem, quod postea sui juris effectus decesserit, sed requiritur etiam nova aliqua voluntatis, a qua in alienam familiam transeundo recessisse videtur, confirmatio, *dict. l. pen.* §. 2. *sec. tab.*

COMMENTARIUS.

1 *Notatur Triboniani negligentia.*
2 *Testamentum ruptum nativitate posthumi præteriti, eodem ante patrem mortuo, vires recipere.*
3 *Cancellatione, incisioneve posterioris testamenti restitui prius, cujus tabulæ integræ manserint.*
4 *Testamentum irritum factum maxima & media capitis diminutione testatoris, eo restituto convalescere etiam absque nova voluntatis declaratione: secus si testator se adrogandum dederit, & postea, sui juris factus, decesserit.*

HIC locus declarationem continet §. quarti. Meretur autem Tribonianus duplici nomine hic reprehendi; primum quod quæ rupti & irriti facti testamenti communia sunt, ita tradit, quasi unius & nimirum irriti facti essent propria; deinde quia simpliciter scribit, testamenta per capitis deminutionem irrita facta jure Prætorio convalescere, si testator civis Romanus & sui juris decesserit: cum in quibusdam tantum hoc solum sufficiat, in quibusdam nova præterea declaratione voluntatis opus sit, uti mox demonstrabitur.

Per capitis diminutionem irrita facta) Quæ testamenta ab initio propter inhabilitatem personæ testantis non consistunt, ex ea postfacto vires nullo jure capiunt, veluti si impubes, aut furiosus, aut filiusfam. testamentum fecerit, & deinde testamenti factionem habentes decesserint. Hoc testamentum ne jure quidem Prætorio sustinetur, ut ex eo bonorum possessio secundum tabulas peti possit, *l.* 1. §. *exigit*, 8. *sec. tab.* Idemque est, si testamentum nullum sit ob defectum solemnium juris, puta quia pauciores quam septem testes adhibiti, aut ex septem adhibitis quidam non signaverint, *leg.* 12. *C. de testam.* De testamento aut in quo filius, qui fuit in potestate, præteritus est, non convenit, an quemadmodum id jure civili nullius momenti, ita quoque omnino nullum sit & maneat jure Prætorio. Sed verius est, tale testamentum jure Prætorio omnino nullum non esse, scriptosque in eo hæredes, si præteritus se bonis paternis abstinuit, posse accipere bonorum possessionem secundum tabulas, *arg. leg. posthumus*, 12. *in fin. pr. leg. filio*, 17. *de injust. rupt. l. si duobus*, 12. §. 1. *contr. tab. leg.* 2. *in princ. sec. tab.* quod prolixe contra communem defendimus *sub tit. de exhær. liber.* Hæc autem non sunt propria hujus loci; quippe in quo agitur de testamentis, quæ ab initio recte facta deinde infirmata sunt, quæriturque, an postea, sublata causa infirmationis, jure aliquo convalescant. Imperator quidem hoc in una tantum specie proponit; quando testamentum irritum factum est, sive infirmatum ob id, quod testator capite minutus sit; attamen ad aliam quoque speciem eadem quæstio pertinet, cum scilicet ruptum est, seu eversum, testatoris statu non mutato. Videamus ergo de rupto, & de eo prius; postea cogituri de altera specie, de qua hic agitur. Didicimus, testamentum rumpi duobus modis, agnatione sui hæredis, & mutatione voluntatis. Fingamus igitur, posthumum præteritum vivo patre decessisse; quæritur, an testamentum ruptum nativitate posthumi, eo vivo deinde ante patrem functo, vires recipiat? Et responsum est, si testamentum signatum fuerit, posse hæredem scriptum bonorum possessionem secundum tabulas accipere eo effectu, ut rem obtineat, licet scrupulositas juris refragetur, *leg. posthumus*, 11. *de injust. rupt.* Unde intelligimus, jure quidem civili testamentum non restitui, sed tamen Prætorem ex bono & æquo voluntatem testatoris tueri. Additur in responso, hoc ipsum etiam confirmatum esse rescriptis Imperatorum; quæ confirmatio ideo fortassis accessit, quia potestatem Prætoris excedere videri poterat, quod ex

testamento intrinsecus vitioso defendere hæredi scripto bonorum possessionem cum re contra eos, qui alioqui rem ab intestato auferrent. Plane si posthumus præteritus nascatur post mortem testatoris, licet, illico decedat, testamentum non restituitur, nec omnino cum decedit partem jam mortuo; nam cum suus hæres sit patri, statim patri ipso jure hæres existit, & moriens hæreditatem sibi jure quæsitam transmittit ad quosvis hæredes legitimos; ad cujusmodi speciem pertinet *lex* 2. *Cod. de posth. hæred. inst.* Cujacius *ad leg.* 7. *de lib. & posth.* Fingamus rursus, testatorem testamentum, quod secundo loco fecerat, ac proinde quo prius ruptum erat, incidisse aut cancellasse: quæritur, an restituatur prius, cujus tabulæ integræ manserunt? Papinianus respondit, si id hoc animo a testatore factum sit, ut priores tabulas supremas relinqueret; voluntatem quæ defecerat, recenti judicio rediisse, & posse secundum tabulas priores bonorum possessionem peti, *leg. pen.* §. 2. *sec. tabul.* At inquies, an non sic testamentum citra ullam solemnitatem nuda voluntate constituitur? Negat hoc Jurisconsultus *dict. loc.* atque hanc objectionem sic removet, ut dicat, non quæri hic de jure testamenti, sed de viribus exceptionis. Quo significat, *recenti isto judicio* & simplici voluntate testatoris non constitui novum testamentum; sed si scriptus priore testamento hæres agat & hæreditatem vindicet, eique objiciatur ex eptio mutatæ voluntatis, posse eum hanc exceptionem elidere replicatione voluntatis reversæ, si constet, testatorem hoc animo posterius testamentum incidisse, ut prius suum valere vellet. Utique enim hic animus ab hærede scripto omnino probandus est, per codicillos puta, aut alias litteras, quibus testator palam declaraverit, se velle priores tabulas valere, alioqui eum, tamquam quem utriusque voluntatis pœnituerit, intestatum potius decedere voluisse interpretabimur, *d. l. penult.* §. 2. Unum tamen adhuc obstat, quod prius testamentum dicitur rumpi ipso jure, *leg. sancimus*, 27. *C. de testam.* Quomodo ergo agi poterit ex eo, quod ipso jure ruptum est? Resp. quod ipso jure prius rumpi dicitur, id dici certo respectu, quoniam rumpitur hoc solo quod aliud factum est, etiamsi testator prius non revocaverit. Et licet quatenus posterius testamentum consideratur ut adhuc consistens & validum, prius ita sublatum intelligatur, ut nihil in eo scriptum valeat, ne quisquam ipso jure agere, aut quid petere ex eo possit; non ideo tamen absurdum videri debet, quod posteriore inciso aut deleto ea mente, ut prius iterum valeat, prius quoque vires recipiat: quippe cujus tabulæ integræ relictæ sunt, & utique jam postremæ; nam quod jus extinctum reviviscere negatur, id non obtinet, cum a re, quæ, ut Doctores nostri loquuntur, essentiam suam formalem & materialem retinuit, removetur impedimentum. D. Men. *cons.* 176. *l.* 2. Fach. 5. *contr.* 93. D. Tuld. *comm. hic cap.* 5. Deck. 2. *diss.* 3. *num.* 30. Ac proinde putarem testamentum hoc casu valere etiam jure civili. Jam tempus est, ut ad textum §. nostri accedamus, in quo tractat de convalescentia testamentorum, quæ per capitis deminutionem testatoris infirmata sunt, uno verbo, irrita facta.

Si septem testium signis signato) Hoc enim solum, semper tamen in danda bonorum possessione juxta tabulas Prætor spectat, an testamentum septem testium civium Romanorum signis signatum sit, *l. posth.* 12. *in princ. de injust.* Ulpian. *tit.* 23. §. 3. *tit.* 28. §. 5. Ita enim obsignatum esse oportet, ut jure Prætorio valeat, seu eo jure, quo obsignatio introducta est, §. 2. *supr. de test. ord.*

Si modo civis Romanus & suæ potestatis mortis tempore) Nihil amplius exigit ad petendam bonorum possessionem ex eo testamento, quod per capitis deminutionem irritum factum erat, quam ut testator mortis tempore civis Romanus & sui juris fuerit, omissa eleganti distinctione, quam nobis suppeditat Papinianus, *leg. penult.* §. 2. *sec. tabul.* Etenim interest, an ei, de cujus integri capitis postea mortui testamento quæritur, maxima mediave, an minima contigerit capitis deminutio. Si maxima aut media, verbi gratia si capite damnatus sit, & Princeps damnatum in integrum restituerit, quia nullum hic factum intervenit, ex quo colligi possit mutatio voluntatis testatoris, nihil causæ est, cur ad convalescentiam testamenti plus desideremus, quam ut testator pristinum statum receperit, *leg.* 6. §. *penult. de injust. rupt.* Putarem etiam, testamentum damnati capitis indulgentia Principis postea restituti ita convalescere, ut non solum jure Prætorio valeat, sed jure etiam civili propter comparationem horum testamentorum cum eorum testamentis, qui capti ab hostibus postliminio redeunt, aut ibi decedunt, quorum testamenta jure civili vires recipere beneficio postliminii aut confirmatione legis Corneliæ constat, *dict. l.* 6. §. *penult.* nisi quis putet, comparationem illam pertinere duntaxat ad ipsam convalescentiam, non ad modum convalescendi. At vero si minima capitis deminutio intervenerit, puta si quis testamento facto se adrogandum dederit, non satis est ad restitutionem testamenti, obtinendamque ex eo bonorum possessionem, quod postea sui juris effectus decesserit; sed præterea requiritur, ut recenti aliqua voluntate testamentum confirmatum sit. Et merito: quoniam qui se dat in adrogationem, non obscure a priori voluntate recedit, cum sciat, se una cum capite fortunas quoque suas in alienam familiam transferre, ut disputat Papin. *d. l. pen.* §. 2. *sec. tab.* ex quo hoc explicandum quoque, & supplendum est, quod simpliciter item Paulus scripsit, testamentum valere, *leg.* 8. §. 3. *de jur. cod.* ita ferme & Bart. *in d. leg.* 6. §. *pen.* Mynsing. & Schneid. *hic* Conaan. 9. *comm.* 7.

Et tempore mortis in adoptivi patris familias) Supple, *aut in servitute, aut conditione peregrinantis*. Omnino enim Prætor exigit, ut is, cujus bonorum possessio datur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, & cum testamentum, & cum moritur: intermedium autem tempus non curat, *leg.* 1. §. *exigit*, 8. *de bon. poss. sec. tab.* Ulp. *in fragm. tit.* 23. §. 5.

T E X T U S.

De nuda voluntate.

7. *Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere: usque adeo, ut & si quis post factum prius testamentum, posterius facere cœperit, & aut mortalitate præventus, aut quia eum ejus rei pœnituit, id non perfecerit, D. Pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabulæ priores jure factæ irritæ fiant, nisi sequentes jure ordinatæ & perfectæ fuerint; nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.*

NOTÆ.

7. *Id noluerit valere*) Niſi poſt lapſum decennii a condito teſtamento voluntate revocaverit ad minimum coram tribus teſtibus, *l. 27. C. de teſt.*

Uſque adeo) *l. 2. h. tit. l. 18. de leg. 3. l. 21. §. 2. C. de teſtam.* Excipe imperfecta teſtamenta militum & parentum inter liberos, item niſi in poſteriore teſtamento imperfecto ſcripti, qui ab inteſtato veniunt, *dict. leg. 2. h. tit. d. l. 21. §. 1. cum auth. ſeq. §. 2. Cod. de teſt.*

COMMENTARIUS.

1. *Nuda contraria voluntate teſtamentum rite factum non infirmari, quantumvis coram ſeptem teſtibus declarata.*
2. *Redditur hujus juris ratio.*
3. *An plus hic operetur revocatio cauſata, quam ſimplex?*
4. *Cur ne novi quidem teſtamenti inceptio vim prioris corrumpendi habeat?*
5. *Temperamenta ſuperioris doctrinæ.*

HIC §. rectius in continenti ſubjectus fuiſſet §. ſecundo aut tertio, quorum continet declarationem. Docuit ibi Imper. prius teſtamentum rumpi per poſterius, quod jure perfectum eſt. Unde etſi per ſe ſatis intelligitur, neque nudam revocantis voluntatem ad infirmationem teſtamenti ſufficere, neque adeo prius rumpi, etiamſi ſecundum fieri cœptum ſit, nec abſolutum; latius tamen utrumque xplicare voluit, & omnino latius adhuc a nobis explicandum eſt.

Quod teſtator id noluerit valere) Si quem prioris voluntati pœniteat, malitque nunc inteſtatus decedere; parata ei eſt expeditiſſima ratio, ut tabulas incidat, deleat, cancellet, ſigna revellat, *leg. 1. §. pen. unde lib.* majorem enim vim facta habent, quam verba, integriſque tabulis relictis nuda contrariæ voluntatis declaratio teſtamentum ſolemniter factum non infirmat, *leg. militis, 36. §. 3. de teſtam. mil. l. ſancimus, 27. Cod. de teſt.* In tantum, ut etiamſi teſtator coram ſeptem teſtibus dixerit, nolle ſe teſtamentum, quod fecit, valere, nihilo tamen magis illud infirmetur, ut ex recepta ſententia tradunt Clar. §. *teſtamentum q. 91.* Graſſ. §. *teſtamentum q. 84. num. 2.* Jac. Werwev. *art. teſt. c. 13.* Angl. Vigl. Mynſing. Schneid. *hic*. Et recte. Nam ſi ne tunc quidem teſtamentum antea factum infirmatur, cum ad aliud faciendum teſtator proceſſit, quod tantum non conſummavit; quanto minus infirmabitur ſola revocatione verbali? utique enim factum accedens ad voluntatem potentius operari debet ſimplici voluntatis declaratione. Hoc ipſum quoque manifeſte probat *lex ſancimus, 27. C. de teſt.* ubi Juſtinianus ſancit, ut demum poſt lapſum decennii, ſeu cum a condito teſtamento decem anni effluxerint, revocatione voluntatis teſtamentum infirmetur. Neque hic mihi quis dixerit pertinere iſtam conſtitutionem ad eum caſum, quo tribus tantum teſtificatio munita eſt: nam ex hoc ipſo quod Juſtinianus exigit, ut non pauciores, quam tres teſtes ad revocationem adhibeantur, ut valida ſit ad infirmationem teſtamenti poſt fluxum decennii, ſatis intelligitur, non aliud eum eſſe voluiſſe, ſi forte plures teſtes intervenerint, ſive quinque, ſive ſeptem: quo enim plures adhibentur, eo verius eſt non eſſe pauciores tribus adhibitos. Et ſciendum eſt, Imperatorem illic abrogare conſtitutionem Honorii & Theodoſii, qui extat in *leg. 6. Cod. Theod. de teſtam.* qua cautum erat, ut ſolo lapſu decennii teſtamentum revocatum intelligeretur, hoc eſt, ſi teſtator poſt conditum teſtamentum integros decem annos ſupervixiſſet, quamvis nulla ſecuta eſſet contraria voluntas. Hoc enim Juſtinianus hactenus mutavit, ut noluerit ex ſolo lapſu decennii teſtamentum evaneſcere, ſed tunc, cum ad lapſum tanti temporis expreſſa accederet revocatio: quam etiam revocationem non paucioribus, quam tribus teſtibus muniri voluit, cum alias ad probationem voluntatis, quæ teſtamentum non eſt, ordinarius teſtium numerus ſufficiat. Quotquot igitur teſtes intervenerint, adhuc curſus decennii neceſſarius eſt ad ſuſtinendam verbalem teſtamenti ſolemnis revocationem.

Quæritur autem hujus juris ratio. Nam iniquum videtur, eum bona defuncti obtinere, quem ea habere noluit: ac proinde etſi concedamus, ex ſummi juris ratione hæredes ſcriptos bona vindicare poſſe, cur tamen non dicimus, eos repelli poſſe exceptione finitæ defuncti voluntatis? Reſp. Periculoſum eſt, æquitatem prætexere contra expreſſam juris auctoritatem: quod haud dubie hac ratione nititur, quod non videatur ſatis ſerio improbaſſe voluntatem ſolemni teſtamento comprehenſam, qui nude eam revocavit, tabulis teſtamenti integris ſervatis. Si enim teſtamentum omnino valere noluiſſet, poterat tabulas inciderre, delere, poterat aliud teſtamentum condere: quod cum non fecerit, præſumere licet, eum revocationis pœnituiſſe, ut non ſine ratione defendatur, majorem oportere vim eſſe teſtamenti, quod integrum & in ſuo ſtatu teſtator reliquit, quam undæ illius declarationis contrariæ, facit *lex militis, 36. §. 3. de teſtam. milit.* Ex quo loco ſimul diſcimus, ita jus eſſe, cum quæritur de inſtitutione hæredum; legatarios autem revocata voluntate exceptione doli mali removeri. De cujus loci ſententia vide Anton. Fab. *decis. 39. error. 8.* His ita conſtitutis, videamus, an non falſa ſit opinio Bartholi in *leg. ſi jure, 18. de legat.* & Doctorum quos allegant & ſequuntur Clarus §. *teſtam. quæſt. 92.* Vigl. Mynſing Schneid. *hic*. Qui intereſſe putant, qua formula teſtator in revocando teſtamento uſus eſt, utrum ſimpliciter dixerit, *nolo teſtamentum a me factum valere*: an cauſam adjecerit & hæc verba, *quia volo decedere inteſtatus*. Nam etſi ſimplicem revocationem non ſufficere fatentur, cauſam tamen valere volunt, modo facta ſit coram ſeptem teſtibus. Quo jure etiam nos uti refert Grot. *l. 2. interd. cap. 24.* Verum nihil intereſſe, hac an illa formula teſtator utatur, aperte evinci *d. l. militis, 36. §. 3. de teſt. mil.* Et vero ſi hoc ipſo quod quis teſtamentum revocat, tacite & per quamdam neceſſariam conſequentiam intelligitur velle decedere inteſtatus, cauſæ illa adjectio (quippe quæ non impedit, quominus aliud teſtamentum poſtea condatur) facere non poteſt, ut majorem vim revocatio habeat, quam ſi cauſa adjecta non eſſet. Et recte Mantic. *lib. 2. de conj. ult. vol. tit. 15. num. 19.* ex Socino refert, diſtinctionem iſtam Bartholi captioſam eſſe vulgaribus teſtatoribus, qui cauſam neſciunt dicere, *quia inteſtatus decedere volo*, arbitranturque, id neceſſario ex hoc ipſo ſequi, quod teſtamentum revocatur. Sed non debeat vir alias incomparabilis hoc argumento moveri, ut ſtatueret cum eodem Socino, Bald. Salic. *in dict. leg. ſancimus, 27. Cod. de teſt.* & aliis, quos allegat, ad revocandum teſtamentum ſufficere quamlibet ſimplicem voluntatis contrariæ declarationem factam coram ſeptem teſtibus, quam ſententiam abunde jam confutavimus, Unum ſupradictæ diſtinctionis firmamentum affertur *l. 1. §. pen. ſi tab. teſt. null. ext.* ex verbis, *Vel quia alia ratione voluntatem teſtator mutavit, voluitque inteſtato decedere.* Sed nemo, opinor, tam infans eſt, qui non videat

Juriſ-

Jurisconsultum ibi loqui non de simplici mutatione voluntatis; sed quæ declarata sit facto aliquo simili illis, quæ antea expresserat, incisioni, aut cancellationi, puta si testamentum induxerit, laceraverit, resignaverit, &c. Habemus hujus sententiæ defensores Anton. Fab. *decis.* 19. *err.* 6. Bachov. *in Treutl.* 2. *disput.* 10. *thes.* 6. Anton. Merend. 3. *controv.* 45. Plane ad infirmationem testamenti nuncupativi putarem sufficere simplicem voluntatis revocationem factam coram legitimo testium numero, *argum. leg. nihil,* 35. *de reg. jur.* cum Connan. 9. *comm.* 7. W-semb. *in hunc*. Groenevv. *de legib. adrog. hic*.

Usque adeo) Amplificatio. Dixerat modo nuda voluntate testamentum infirmari non posse, id nunc usque adeo verum esse pronunciat, ut nec cum voluntate revocandi concurrens novi testamenti inceptio vim corrumpendi prioris habeat; sed ita demum superius testamentum rite factum tollatur, si inferius æque jure perfectum fuerit. Hic vero itidem ut in casu præcedenti æquum esse videri potest, ut saltem hæredibus ab intestato detur exceptio adversus priore testamento scriptos hæredes, quos utique voluntate testatoris aliud testamentum facere aggressi mortuique antequam illud perficeret, destitui constat, *per leg. pen.* §. 2. *sec. tab.* Verum obstat hic quoque legum auctoritas, *l.* 2. *l.* 11. *de injust. rupt. l. si jure*, 18. *de legat.* 3. *l. hac consultissima*, 21. §. 3. *C. de test.* & *hic test.* Quid quod in proposito nec voluntatem defuncti ab intestato venientes habent? ponimus enim in secundo testamento, quod imperfectum est, scriptos esse extraneos. Quamobrem cum illi, quos postremo testator voluit, hæreditatem ex imperfecto testamento obtinere non possint, ne convellantur jura omnia, quæ de ordinandis testamentis tam diligenter constituta sunt, & quævis voluntas vim testamenti habeat, quos aliquando hæredibus ab intestato prætulit, eos etiam adhuc iisdem præferri voluisse existimandus est: atque in hunc eventum tabulas priores integras reliquisse, ut si posteriores non consisterent, ex prioribus hæreditas adiri possit. Atque hoc est, quod scribit Pomponius *dict. l. si jure*, 18. *de leg.* 3. credibile esse, testatorem ita demum a priore testamento velle recedi, si posterius valiturum sit.

Mortalitate præventus) Hujusmodi testamentum imperfectum dicitur ratione voluntatis. Quippe duplex est imperfectio testamenti; una ratione solemnium, puta si pauciores quam septem testium intervenerint, aut si testes non signaverint subscripserintve, vel quid aliud, quod ad solemnitatem ordinationis pertinet, omissum sit: altera ratione voluntatis, veluti si cum plura ordinare testator vellet, morte interceptus fuerit, aut in ipso actu testandi furore correptus, *l. si is*, *qui* 25. *qui test. fac. leg.* 9. *Cod. eod.* Bald. *in leg. hac consultissima*, 21. §. 1. *num.* 2. 5. *Cod. de test.* Sichard. *ibid. num.* 9. Quo loco uterque etiam notat, testamentum, quod ratione voluntatis & dispositionis imperfectum est, nec inter liberos valere. Quod & Cujac. *in d. l.* 25. notavit ex Accursio: estque communis hæc & recepta sententia. Vasq. *lib.* 3. *de succ. creat.* §. 21. *num.* 62.

Divi Pertinacis oratione) Solebant olim Principes orationes in Senatu habere, aut scriptas ad Senatum mittere, in quarum sententiam Senatusconsulta concipiebantur, *l. oratione*, 16. *de rit. nupt.* Tacit. *lib.* 12. *An. c.* 25. *Orationem principis secuto patrum consulto, primi Æditui senatorum in urbe, jus adepti sunt.* Atque hæ Principum orationes etiam Senatusconsulta nominantur, quandoque etiam leges. Sic oratio D. Hadr. de petitione hæreditatis, *l. & si rem*, 22. *de hær. pet.* Senatusconsultum passim appellatur, *l. item veniunt*, 20. §. *præterea*, 6. & *multis seqq. eod. tit.* Jul. Capit. hanc ipsam orationem Pertinacis legem, mox etiam Senatusconsultum nominat in Pertinace, *cap.* 7. *Legem sane tulit*, inquit, *ut testamenta priora non prius essent irrita, quam alia perfecta essent, neve ob hoc fiscus aliquando succederet.* & paulo post; *Addiditque Senatusconsulto*, &c.

Jure ordinatæ & perfectæ fuerint) Quæ legitimo modo fiunt, legitime quoque solvi debent, *leg.* 35. *de reg. jur.* Hac ratione utitur etiam Garm. 5. *tit.* 5. §. 17. Ab hac tamen regula excipienda sunt ea testamenta, quæ quamvis imperfecta, jure tamen singulari valent, ut testamenta militum & parentum inter liberos. Testamentum factum jure militiæ inter imperfecta numeratur, *l.* 2. *de injust. rupt.* atque ideo etiam imperfectum quovis posteriore solvitur, *l. ejus*, 34. §. 1. *de test. mil.* & tamen per id, quod jure militari secundo loco factum est, rumpitur præcedens perfectum, hoc est, factum jure communi, *d. l.* 2. & *d. l.* 34. §. *ult.* Sed nimirum hoc ex eo est, quod testamentum militis jure privilegiario pro perfecto est, aut vim perfecti testamenti habet; quod autem rumpitur posteriore jure communi non rite facto, mirum videri non debet, quia etiam post missionis annum irritum constituit. Testamentum imperfectum factum a parente inter liberos & ipsum non minus ex privilegio valet, quam militis, *l. hac consultissima*, 21. §. 1. *Cod. de test.* Quare si pater, qui testamentum prius jure fecerat, postea aliud fecerit inter liberos, quamvis posterius hoc imperfectum fuerit, tamen rumpitur prius. Illud etiam favore liberorum Justinianus constituit, ut tale testamentum non aliter rumpatur posteriore, quam si posterius modis omnibus perfectum fuerit, & prius nominatim revocatum, *Nov.* 107. *auth. hoc inter*, 8. *de test.* Præterea si cum in priore testamento perfecto scripti essent extranei, in posteriore autem imperfecto instituti sint, qui ab intestato venire possunt, dummodo non minus quam quinque testes intervenerint, placet, infirmato priore testamento, posteriorem hanc scripturam valere, non tamen tamquam testamentum, sed tamquam voluntatem ultimam intestati, *d. l. hac consultissima*: 21. §. 3. cujus voluntatis hic erit effectus, ut nulla quarta deducta ab hæredibus, priore testamento, quod infirmatum est, scriptis, ad hæreditatem admittantur scripti posteriores, easque portiones per arbitrum familiæ erciscundæ singuli consequantur; quæ cuique adscriptæ sunt. Sed quid est, quod Jurisconsultus in *d. l.* 2. *de injust. rup.* simpliciter scribit, prius testamentum per posterius imperfectum rumpi, si in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest? Nimirum si in posteriore imperfecto, in quo scripti, qui ab intestato habere possunt, omissa sit aliqua solemnitas, quæ tantum jure civili præcise requiritur, non item jure prætorio, veluti si testes non subscripserint, si filius institutus aut exhæredatus non sit: nam etiam hac ratione testamentum imperfectum recte dicitur. Atque ita appellatur in leg. 12. §. 1. *contr. tabul.* quoniam inter cætera, quæ testamentum jure civili perficiunt, etiam hæc requiruntur. Rumpi igitur eo casu testamentum prius dicimus, non jure civili, sed honorario, data secundum tabulas posteriores, quæ modo septem testium signis signatæ sunt, cum re & effectu bonorum possessione, *arg. d. l.* 12. §. 1. *contr. tabul.* quem locum diligenter & accurate hic interpretatus est D. Bach.

T E X T U S.

Si Princeps litis causa, vel in Testamento imperfecto institutus fuerit.

8. *Eadem ratione expressit, non admissurum se hæreditatem ejus, qui litis causa Principem reliquerit hæredem; neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam hæres institutus erat: probaturum, neque ex nuda voce hæredis nomen admissurum: neque ex ulla scriptura, cui juris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum hoc Divi Severus & Antoninus sæpissime rescripserunt.* Licet enim, *inquiunt*, legibus soluti simus, attamen legibus vivimus.

N O T Æ.

8. *Litis causa Principum*, &c. Capit. *ubi sup.* hoc enim invidiosum est, *l. pen. de hæres intest.* Plin. *Paneg. cap.* 43. *Non tu falsis, non tu iniquis tabulis advocaris.*

Ob eam causam) Quod tabulæ non essent legitime factæ, ut recte Cujac. & Fabrot. quod non percepit Theoph. nec Accurs. nam Princeps nec legitime factas probat, in quibus ipse litis causa hæres scriptus est.

Legibus soluti) Princeps legibus civilibus solutus est, *l.* 31. *de legib. l.* 3. *C. de test.* Dion. *lib.* 53.

Attamen legibus vivimus, Imp. *l.* 1. *C. Teod. de cond. & dem. dom. Aug. Scribimus quidem leges, sed sequimur.* Plin. *Paneg. cap.* 65. *Ipse te legibus subjecisti.* Vid. & *l.* 23. *de leg.* 3. *l.* 4. *Cod. de leg. dict. leg.* 3. *Cod. de testam.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *An Principes Romani legibus soluti fuerint; & in universum, an & quatenus sint Principes, qui absoluta jura majestatis habent?*

Eadem oratione expressis ipseque, inquit de Pertinace loquens Capitolinus, *d. loc. cap.* 7. *professus est, nullius se aditurum hæreditatem, quæ aut adulatione alicujus delata esset, aut lite perplexa, aut legitimi hæredes & necessarii privarentur.* Additque Senatusconsulto hæc verba: *Sanctius est, P. C. inopem rempubl. obtinere, quam ad divitiarum cumulum per discriminum atque dedecorum vestigia pervenire.* Procul dubio hac ratione sanctissimus senex senatui declarare voluit, se longe alia ratione rempubl. temperaturum, quam antecessor ejus. Commodus Princeps flagitiosissimus fuerat: quem credibile est exemplum secutum fuisse sui simillimi Imperatoris Domitiani, de quo Svetonius *cap.* 12. sic scribit: *Confiscabantur alienissimæ hæreditates, vel existente uno, qui diceret, audivisse se ex defuncto, cum viveret, hæredem sibi esse Cæsarem.* Extat adversus hujusmodi improbitatem edictum Honorii & Theodosii *in leg. volumus,* 20. *Cod. de testam.* VINN. Meretur hujus juris historia paulo accuratius tractari. Primus Augustus flagitare solebat ab amicis hoc benevolentiæ testimonium, & eorum suprema judicia morosissima pensitabat, neque dolore dissimulato, si parcius, aut circa honorem verborum neque gaudio, si grate pieque quis se prosequutus fuisset. Svetonius *Aug. capp.* 66. Hinc idem Svetonius *cap.* 101. refert, viginti proximis ante obitum annis eum quatuordecies millies ex testamentis percepisse. Ne tamen captare videretur hæreditates, aut parum honesta institutionis causa subesset: nec ab ignotis admittebat hæreditates, nec a parentibus, sed eas cum incremento liberis restituebat. Svetonius *cap.* 66. Idem fere exemplum sectatus Tiberius. Tacit. *Annal. II.* 48. Primus Caligula hæreditatis avidissime captavit, testamenta, in quibus nulla sui mentio, rescidit, testatores paulo diutius superstites interemit, & testes, qui se Cæsarem hæredem dictum, audivisse adseverarent, subornavit. Svetonius *cap.* 38. Hunc imitati Nero, Tacit. *lib.* 16. *Annal. cap.* 43. Vitellius, Sveton. *cap.* 14. Domitianus, Sveton. *cap.* 12. Trajanus exacte Augustum imitabatur. Plin. *pan. cap.* 34. nec non Hadrian. Spartian. *cap.* 18. & Antoninus Pius, Jul. Capitolin. *cap.* 8. Postea quum Commodus malum denuo principem egerat, huic malo non tantum exemplo, sed & lege lata repugnavit Pertinax. Jul. Capitolin. *Pertin. cap.* 7. Ad quam legem respicere videtur Alexander *l.* 3. *Cod. de testam.* Immo quum nec id sufficeret refrænandæ Principum aviditati, Theodosius Magnus *leg.* 2. *Cod. Theod. de test. & codicill.* omnes hæreditates plane respuit. Conf. Symmach. *lib.* 2. *Ep.* 13. idemque edicto monuit Theodosius junior, *leg.* 5. *C. Theod. cod.* Rem omnem accuratissima diligentia exposuit Vir illustris Nic. Hier. Gand. *Diff. de principe hærede, cap.* 4. HEIN.

Qui litis causa Principem) Lex est, non debere cujusquam conditionem deteriorem fieri facto alieno, nec cuiquam objici duriorem aut potentiorem adversarium, *tot. tit. de alien. jud. mut. potent. & tit. Cod. ne lic. potent.* Huic legi se submisit Imp. Pertinax, professus hoc amplius, se non admissurum hæreditatem, quæ litis causa Principi delata esset, minus hic sibi permittens, quam cuiquam privato, *l.* 8. §. 3. *de alien. jud. mut. caus.* Quippe invidiosum esse existimavit, Principem litis causa, hoc est, in re controversa & perplexa hæredem institui, quo alii, nomine principis deterriti jus suum indefensum relinquant, ac nefas esse, calumniæ facultatem ex Principali majestate capere, *leg. pen. de hær. inst.* Paul. 5. *sent.* 12. Plin. *Paneg. cap.* 43. *Non tu falsis, non tu iniquis tabulis advocaris.*

Neque tabulas non legitime factas) Lex est hæredem justo testamento instituendum esse, neminemque posse ex tabulis non legitime factis hæreditatem obtinere. Hanc legem etiam adversus se valere optimus Princeps voluit, atque in sua etiam persona tabulas non legitime factas improbavit. Secundum quod sæpissime constitutum est, ex imperfecto testamento nec Imperatorem hæreditatem vindicare posse, *l.* 3. *C. de test.* Ait, *in quibus ipse, ob eam causam.* Nempe quod tabulæ non essent legitime factæ, ut recte Cuj. Quod non percepit Theoph. nec Accurs. nam Princeps nec legitime factas probat, in quibus ipse litis causa scriptus est. Ait, *neque ex nuda voce.* Non quasi Princeps hæres nuncupari non possit, aut hæres esse ἐκ τοῦ ἀγράφε διαθήκη, ut somniat Theoph. sed *ex nuda voce*, id est, ex nuda voluntate sine juris solemnibus.

Neque ex ulla scriptura, cui juris auctoritas desit) Clausula generalis, legata quoque & fideicommissa non legitimo testamento relicta complectens. Ex imperfecto testamento, ait Paulus *l.* 23. *de legat.* 3. legata vel fideicommissa Imperatorem vindicare inverecundum est. Huc etiam referendum, quod idem Paul. 4. *sent.* 5. & Ulp. *l.* 8. §. 2. *de inoffic. testam.* scribunt, testamentum, in quo Imperator hæres scriptus est, inofficiosum argui posse.

Licet legibus soluti sim) Principes Romanos, legibus solutos esse, scribit Dio, *lib.* 53. atque id ipse hic

hic interpretatur, ut dicat, eos liberos esse ab omni legum coactione, nec ulla scripta lege teneri. Apparetque ex eodem loco, quemadmodum temporibus liberæ reipub. aliquando usurpatum ut populus aut senatus civem aliquem ob heroicam indolem ac singularem virtutem una aliqua lege solveret, puta, ut ante ætatem legitimam magistratum gerere, aut intra tempora constituta eumdem repetere liceret, sicut de Pomponio Africano, Octavio aliisque permultis factum legimus; ita Principem postea, cum civibus omnibus excellentior haberetur, legibus omnibus solutum fuisse, lege in eam rem semel expresse lata, quæ lex regia *in l. 1. de const. Princ.* lex imperii *in l. 3. C. de test.* appellatur. Quod etiam significare arbitror Ulp. *in l. Princeps, 31. de legib.* Quamquam necesse non erat, hoc caput legi regiæ inserere; quandoquidem ex hoc ipso quod alio capite ejusdem legis populus jura majestatis omnia abdicative in Principem transtulit, *d. l. 1. de const. Princ.* necessario sequitur, Principem legibus non obligari. Etenim Princeps, qui absoluta jura majestatis habet, nihil supra se cernere potest, neque hominem neque legem, ut ait Albet. Gentilis in quæstionibus regiis. *Deus*, inquit Justinianus, *leges Principi subjecit eumque legem animatam misit hominibus. Nov. 10. c. 2. in fin.* Jam vero qui supra leges est, cui leges subjectæ sunt, is necessario in legibus est solutus, id est, legibus non tenetur; alioqui non illi leges, sed ille legibus subjicitur, & qui ipse lex est, in eum lex ferri non potest. Unde Plinius *in paneg. c. 65. Leges*, inquit, *Principi nemo scripsit*. Neque cum hoc dicimus, intelligimus solum cum D. Thoma *q. 66. art. 5. part. 1.* quem multi sequuntur, Principem legibus solutum esse quoad vim coactivam, sed etiam quoad vim directivam. Quin ad hanc solam quæstio pertinet; cum si neges, secundum vim dirimentem Principem legibus solutum esse, statuas, Principem legibus obstringi, tamquam quæ ipsi quoque latæ sint. Alia autem quæstio est de modo coercendi & puniendi non obedientes. Cæterum totum hoc pertinet ad leges civiles dumtaxat, non ad leges naturæ aut divinas, quibus cum omnes homines subjiciantur, quatenus homines nati sunt, omnino efficitur, aut Reges homines non esse, aut illos etiam his legibus teneri. Non pertinet etiam hoc axioma ad leges imperii fundamentales, maxime cum in eas quoque ipsi Principes regnum ineuntes jurare soleant. De quibus legibus Bodinus *lib. 1. de repub. c. 8.* sic scribit: *Quantum ad leges imperii attinet, cum sint cum ipsa majestate conjunctæ, Princeps nec eas abrogare, nec iis adrogare potest. Cujusmodi*, inquit, *est lex Salica regni hujus firmissimum firmamentum.*

Attamen legibus vivimus) Etsi hoc jus Principis est, si dignitatem spectes & imperii potestatem, ut legibus omnibus civilibus sit solutus; tamen officium imperantis est, legibus vivere, iisque parendo suo exemplo præire illis, quibus solis latæ sunt. Quod significat Paulus *l. ex imperfecto, 20. de ligat. 3.* his verbis: *Decet enim tantæ majestati, eas servare leges, quibus ipse solutus esse videtur.* Et Imper. Alexander, *l. 5. C. de test.* cum ait, *nihil tam proprium imperii esse, quam legibus vivere*: eodemque modo explicanda, *l. digna vox, 4. C. de legib.* & illud Plinii *in Paneg. ad Trajan. cap. 65. Legibus te subjecisti, quas nemo Principi scripsit.* Item illa: *Non esse Principem supra leges, sed leges supra Principem.* Nimirum Princeps *imperio maximus, major est exemplo*, ut ait Paterculus, *lib. 11. c. 126.* & Plin. *ibid. cap. 45. Vita Principis*, inquit, *perpetua censura est, ad hanc dirigimur; nec tam imperio nobis opus est, quam exemplo.* Τίς γὰρ ἂν ἠθέλησεν ἀπειθεῖν, ὁρῶν τὸν βασιλέα πειθόμενον: inquit Xenoph. *in laudib. Agesilai, c. 7. §. 2.* Claudianus *in Paneg. vers. 307. de quarto consulatu Honorii*, his verbis Principem hujus officii commonefacit:

> *In commune jubes si quid, censesve tenendum,*
> *Primus jussa subi: tunc observantior æqui*
> *Fit populus, nec ferre negat, cum viderit ipsum*
> *Auctorem parere sibi. Componitur orbis*
> *Regis ad exemplum: nec sic inflectere sensus*
> *Humanos edicta valent, ut vita regentis.*

TITULUS DECIMUS OCTAVUS.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

D. Lib. 5. Tit. 2. Cod. Lib. 3. Tit. 28.

Continuatio, & argumentum tituli. Unde nomen inofficiosi: tum, quorum de hac quæstione cognitio.

EXplicatur hic altera ratio infirmandi testamenti, cum scilicet non ipso jure, sed per sententiam judicis rescinditur, ex causa de inofficioso contra testamentum pronuntiantis: quod est illud adminiculum, quod superius dixi paulo post nobis manifestum fore, in calce *tit. de exhær. lib.* Locus hic late patet, quamquam concisus est Justinianus, ut passim in hoc libello. Initio indicat ille causam introducendæ de inofficioso querelæ, & quo colore proponatur: mox quibus ea competat, aut non competat, ostendit: sequuntur postremo nonnulla, quibus intervenientibus testamentum inofficiosum argui: atque ex ea causa rescindi non potest. Nobis, quibus propositum est rem totam planam facere, licebit in explicando esse prolixiores. Memini etiam, nonnulla me recepisse interpretantem, *§. ult. d. t. de ex hæred. lib.* quæ in hoc tempus dilata, tunc exsolvenda sunt. De nomine inofficiosi hoc primum monendi sumus, quamvis omne testamentum inofficiosum recte dicatur, in quo testator contra officium, quod alteri debebat, fecit quemadmodum scimus, hominem inofficiosum dici, qui officium prætermittit, aut contra officium, quod alter debet, facit; & ideo si, verbi causa, testator, cognatis suis aut personis de se bene merentibus, quibus ob id remunerationem debet, nihil in testamento suo reliquerit, huic etiam testamento appellatio illa conveniat: tamen per excellentiam ea demum testamenta inofficiosa dicta sunt, quibus officium in liberos, parentes, & fratres neglectum est, seu in quibus liberi, aut parentes, aut fratres, vel exhæredati sunt immerito, vel immerito præteriti. Quocirca his etiam solis potestas permissa de inofficioso querendi, postulandique, ut si officium violatum esse constiterit, testamentum rescindatur. Cognitionem hujus quæstionis ad centum viros pertinuisse constat ex Cic. *l. 1. c. 38. de orat.* Val. Max. *l. 7. c. 7. & 8. l. Titia, 13. l. qui repudiantis, 17. h. t.* uti & simplicis petitionis hæreditatis. *l. ult. in pr. C. de pet. hær.* quod tamen non usque adeo perpetuum fuit, quin partes aliquando, negotio ita ferente, a Prætore remissæ fuerint ad judicem pedaneum, ut liquet ex *l. 8. §. pen. h. t. l. 3. §. si emanc. 5. de bon. poss. cont. tab.* VINN. Quæ hic de nomine inofficiosi monet Auctor, plenius poterant exponi. Dicitur hæc Actio QUERELA, quia propinqui non accusare & litigare, sed inter se *conqueri* dicebantur. Voss.

Inst. Orat. lib. 1. cap. 6. §. 1. Inofficiosum, autem opponitur *officio*, quod vocabulum ita accurate exponit Seneca de *Benef. lib. 3. cap.* 18. quod ut *beneficia* sint alienorum; ita *officia* eorum, *quos necessitudo suscitet, & opem ferre jubeat*. HEIN.

TEXTUS.

Ratio hujus querelæ.

Quia plerumque parentes sine causa liberos suo exhæredant, vel omittunt, inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut inique se exhæredatos, aut inique præteritos: hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint, cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, recte quidem testamentum fecerit, non autem ex officio pietatis. Nam si vere furiosus sit, nullum testamentum est.

NOTÆ.

Sine causa) Ex justis causis permissa exhæredatio, *l. 7. de bon. damn.* quas causas ex arbitrariis certas facit & nominatim ad 14. complexus est Justin. *Novella* 115. *cap.* 3. voluit autem unam saltem ex his inseri testamento, eamque ab hærede probari; secus ac jure veteri, *l. 5. §. 1. hoc tit. l.* 28. *Cod. eod.*

Exhæredant vel omittunt) Illud ad parentes omnes & proprie ad patrem pertinet, hoc ad matrem, cujus silentium pro exhæredatione est, §. *ult. sup. de exh. lib.* & ita intellige *l. 3. hoc tit. d. Nov.* 115. *cap.* 3. Exhæredatis igitur omnibus, a matre etiam præteritis hoc remedium necessarium. Ex privilegio autem est, quod de inoff. militis testamento nemo queri potest, *leg.* 8. §. 4. *l.* 27. §. 2. *hoc tit. l. 9. l.* 24. *Cod. eod.*

Quasi non sanæ mentis) *l. 2. l. 5. §. 1. eod.* ac proinde quasi testamentum facere non potuerint *l.* 17. §. 1. *eod.* Hoc colore seu titulo quæsito tegitur iniquitas exhæredationis: & quidem ob hanc causam olim rescisso per querelam testamento nihil ex eo valebat, *leg. 8. §. pen. pen. l.* 28. *eod.* hodie autem quantum ad institutiones solummodo evertitur: legata & cætera capita salva manent, *Nov.* 115. *c.* 3. *in fin. auth. ex causa, Cod. de lib. præt.*

COMMENTARIUS.

1. *Quibus liberis & quando querela necessaria?*
2. *Etiam ob causas non nominatim expressas*, Nov. 115. *cap.* 3. *dummodo æque graves aut graviores, exhæredationem recte fieri.*
3. *Quamvis exhæredatio facta sit sine elogio, tamen testamentum adhuc ipso jure hodieque subsistere, atque ad id rescindendum opus esse querela contra comm.*
4. *Præteritionem matris & avi materni etiam jure novissimo vim exhæredationis habere.*
5. *Contraria obiter repulsa, addito jure patrio.*
6. *Utrum querela ipsa sit actio sive petitio, an remedium aliquod ab actione separatum?*
7. *An liberis a patre præteritis, legata & cætera capita, præter institutionem, beneficio novæ legis conserventur?*
8. *Cur querelæ inofficiosi colorem dementiæ veteres prætexuerint: & num idem adhuc hodie?*

QUia *plerumque*) Recte monet D. Paucius in margine particulam *plerumque* non afficere verbum *exhæredant*, sed verbum *sine causa*; ut hic sit sensus: cum parentes liberos suos exhæredant vel omittunt, id eos plerumque facere sine causa: puta falso instimulatos, novercalibus delinimentis instigationibusque corruptos, *l. 3. & 4. h. t.*

(1) *Sine causa liberos suos exhæredant vel omittunt*) Ait, *sine causa*; nam ex justis & meritis causis exhæredatio semper permissa fuit, *l. 7. de bon. damn.* Ait, *exhæredant vel omittunt*, illud ad parentes omnes & proprie ad patrem avumque paternum, hoc ad matrem & avum maternum pertinet, nec supervacue hic expressum, ut censet D. Wesemb. etsi enim matris præteritio vim & effectum exhæredationis habet; non est tamen revera exhæredatio, §. *ult. sup. de exhær. lib.* In parte exhæredatio necessaria est, ut querelæ locus sit: si enim pater filium, quem in potestate habet, præterierit, testamentum ipso jure nullum est; si emancipatum, datur præterito bonorum possessio contra tabulas, *sup. d. tit. in princ.* & §. 3. & 5. Quin nec quævis exhæredatio querelæ locum facit; sed ea demum, quæ rite facta est: quæ secus facta, id est, non nominatim, non pure, non a tota hæreditate, pro præteritione censetur, *l. 8. §. nemo quævis 2. de bon. poss. cont. tab.* Matre autem sive prætereunte sive quovis modo exhæredante, semper ad infirmandum testamentum querela opus est, cum & jure civili firmum sit, nec a Prætore infligantur; quippe qui exhæredatione, cujus vicem etiam præteritio matris obtinet, notatos non putavit ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos, *d. l. 8. in princ. cont. tab. d.* §. *ult. sup. de exhær. lib.* Et igitur exhæredatis omnibus, a matre etiam præteritis, hoc remedium necessarium est. Causæ exhæredationis jure antiquo certis legibus definitæ non erant, sed ab arbitrio pendebant judicum, qui de inofficioso cognoscebant, quorum erat materia exhæredati perpendere; *l. 3. §. si emancipatus 5. cont. tab.* Val. Max. *l.* 7. *c.* 8. Justinianus ex arbitrariis eas certas fecit, & nominatim *Nov.* 115. *c.* 3. complexus est ad quatuordecim: cumque ante etiam simplici exhæredatione facta, permissum esset hæredi instituto allegare & docere ingratitudinem, id idem Imper. primum hactenus mutavit, ut non aliter liceret hæredi ingratitudinis quæstionem movere, quam si testator expresse addidisset, se ideo filium exhæredare, quia fuerit ingratus, *l. omni modo 30. in princ. h. t.* Postea ne hoc quidem satis ei visum, sed insuper voluit, testatorem justam aliquam ingratitudinis causam, & saltem unam ex illis, quas ipse recenset, testamento exprimere, imposito quoque hæredi onere elogium probandi, cum olim ita jus esset, ut nisi hæres ultro probationem suscepisset, causam aliquam certam allegando, (quo refert *l. 33. & d. l. 30. C. eod.*) ipsi liberi docere tenerentur, se morigeros atque obsequentes semper fuisse, *l. 5. §. 1. eod. l. liberi* 28. *C. eod.* Hinc duplex exorta quæstio. 1. An nullas alias ob causas quantumvis pares aut majores, quam quæ *d. Nov.* 115. *c.* 3. expressæ sunt, exhæredatio permittenda? 2. Utrum si exhæredatio facta sit sine elogio, id est, sine causæ expressione, testamentum ex dict. constitutione ipso jure nullum sit, an jure adhuc subsistat, atque ad illud rescindendum querela etiamnum sit opus? Primam quæstionem quod attinet, quamvis sententia Connani *l. 9. comm.* 10. Viglii *ad* §. *ult. sup. de exhær. lib.* aliorumque, qui eos sequuntur, negantium, ob alias causas, licet æque graves aut graviores, exhæredationem fieri posse, verbis *d. Nov.* convenire videntur; tamen mihi persuadere non possum, eam fuisse mentem Justini-

niani, quam illi esse censent; & summa ratio suadet, ut contra sentiam. Etenim si, verb. gr., manus parenti filius ipse non intulerit, secundum *d. Nov. c.* 3. §. 1. sed inferre passus sit, cum facile prohibere posset; idemque finge de injuria, §. 2. Patrem ipse non accusaverit, juxta §. 3. sed accusationem instruxerit, juverit pretio, consilio, probationibus. Insidiatus ipse patri non sit, §. 4. insidias autem, cum posset, non detexerit. Falsum testimonium ipse non dixerit, *sec.* §. 8. at qui dicerent, subornarit. Quid si torum fratris violare ausus sit? Quid si lenocinio palam quæstum faciat? &c. Quis hæc aut atrociora filium patrantem dignum neget, qui fulmine feriatur exhæredationis? At, inquis, odiosa est exhæredatio, ac proinde interpretatione non est adjuvanda, *l. cum quidam* 19. *de lib. & post. c. odia* 15. *de reg. jur. in* 6. Immo contra vel magis odiosum, patrem cogi, ut impio & indigno filio bona sua relinquat. Equidem concedo, ubi de hipothesi quæritur; de scriptura testamenti, de facto exhæredati, de voluntate exhæredantis, cum similibus, exhæredationem adjuvandam non esse; cæterum ibi θετικῶς de legis vi atque interpretatione disputatur, hoc semper legibus inesse ex mente conditorum credi oportet, ut quia omnes casus, qui quandoque incidere possunt, comprehendere nequeunt, ad eas quoque res & causas pertineant, quæ quandoque similes erunt, *l.* 10. *cum* 3. *seqq. l. ideo* 27. *de leg.* Neque hinc excipiuntur leges pœnales; nam & illæ utique leges sunt; & obvia passim responsa Jurisconsultorum, etiam leges publicorum judiciorum ad hunc, quem diximus, modum interpretantium, *l.* 11. *de pæn. l.* 13. *de testib. l.* 7. §. 2. *de jurisd. l.* 7. *ad leg. Jul. maj.* §. 3. Tuld. 2. *jurisp. extemp. cap.* 5. *pag.* 202. ubi distinguit, utrum par & eadem sit ratio, an similis tantum, *l.* 3. *de l. Pomp. l.* 2. §. 28. *& seqq. de Tertull. junct. l. ult. qui pet. tut. l.* 8. *de sepulcr. viol.* 1. *de aleat.* Dixeris, hoc admisso, Imperatorem non assequi scopum suum; sed causas adhuc incertas manere, nec quatuordecim tantum, sed infinitas fore. (2) Respondeo, ex his constitutionis verbis, *ut præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere; nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur*, satis patet, quis Justiniano scopus propositus fuerit. Horum enim verborum non alius sensus, quam quod non liceat ex legibus antiquis causas opponere, quæ in d. constitutione non continentur. At tales causæ non sunt, quæ vel majores sunt, vel pares expressis, sed leviores dumtaxat, aut dispares: quippe cum de similibus semper ut de expressis habendum: facit huc *cap.* 1. §. 2. *vers. sed quia natura l.* 2. *feud. tit.* 24. *quæ fuit prim. caus. bon. amitt.* Atque hæc sententia etiam communis est, usque apud omnes recepta DD. *in auth. non licet C. de lib. præt.* Clar. §. *testamentum qu.* 41. *n.* 2. Gomez. 1. *resol.* 11. Scheneid. *hic n.* 15. Gudel. *lib.* 2. *de jur. noviss. cap.* 8. Christin. *vol.* 4. *decis.* 19. *n.* 5. Grot. *lib.* 2. *manud. cap.* 18. ubi notat, in his regionibus illud quoque semper obtinuisse, ut filia minor 20. annis pubes citra consensum patris aut matris, ab eodem patre aut matre ob hanc causam exhæredari possit: convenit *art.* 25. *cap.* 2. *statut. Zeland* In altera quæstione numero vincunt qui ad validitatem testamenti negant sufficere exhæredationem simplicem seu factam sine causæ insertione, & ad hoc omnino requirunt qualificatam: quod si verum est, nullus usus querelæ relinquitur in linea recta, præterquam unico illo casu, cum exhæredationi aut præteritioni additum est elogium; quæ sententia fuit Joannis, relata a Glossa in *leg.* 5. *hoc tit.* probata a plerisque Interpp. *in auth. e causa C. de lib. præt.* Clar. *d.* §. *testam. qu.* 40. Gomez. *dict. cap.* 11. Covarr. *in c. Raynutius p.* 1. *n.* 8. *c.* 16. Wesemb. *par. h. t. n.* 7. & novissime late defensa a D. Bachovio *hic*. (3) Cæterum utut pluribus hæc sententia placeat, non desunt tamen, qui eam taxent, ut constitutioni Justiniani minime consentaneam: & sane non immerito, meo quidem judicio. Nam qui diligenter eam constitutionem evolvet, comperiet ex tenore, Imperatorem non agere de iis, quæ ad internam testamenti solemnitatem ritumque exhæredationis pertinent, sed de causis, ob quas facta exhæredatio juste vel injuste facta intelligatur: at injustitia exhæredationis non vitiat testamentum ipso jure. Et vide quæso, quæ isti sententiæ sint consequentia. Efficitur ex ea, ut testamentum nullum sit, etiam si præteriti sint liberi emancipati; etiamsi præteriti sint liberi sine elogio, qui numquam in potestate fuerunt, ut posthumi exhæredati nativitate rumpatur testamentum, ut infantium atque adeo impuberum fere omnium exhæredatio nullius momenti sit: denique ut tantum non liberi matribus, parentes liberis suis hæredes fiant. Atque ita debetur bonorum possessio contra tabulas: deletur §. *in emancipatos* 3. *item* §. *sed hæc quidem* 5. *&* §. *ult. sup. de exhær. lib.* delentur maxima ex parte *tit. Pand. Cod. & Institut. de inoffic. testam. item l. ult. Cod. de lib. præter.* Quæ vero credat, tot capita juris veteris a Justiniano tacite abrogata, qui numquam solet quicquam ex jure veteri mutare, nisi cum expressa mentione ejus juris, quod abrogare constituit, & commendatione novi? Refragantur etiam verba *dict. constitutioni. cap.* 3. *circa fin. & cap.* 4. ubi cum jussisset Imperator, si exhæredatio aut præteritio facta esset cum elogio, idque elogium probassent hæredes, firmum manere testamentum; sive, ut est in authentico, ἐν τῷ ἰδίῳ ἰσχύειν ἀρμονία, τὴν ἰδίαν ἔχειν ἰσχύν, subjicit, si hoc observatum non fuerit: testamentum irritum reddi atque everti: utitur enim verbis ἀκυροῦσθαι & ἀνατρέπεσθαι, quæ de iis tantum prædicari constat, quæ ab initio constiterunt; & quod notandum, everti non in totum, sed quoad institutionem dumtaxat, cætera capita firma manere. Ergo in totum ab initio subsistit. At quo remedio evertetur? Non alio haud dubie, quam querela inofficiosi, quæ una exhæredatis superedatis supererat. Arguit hoc accurata illa causarum ingratitudinis, de quobus in querelæ judicio agitur, definitio, quæ causam novæ constitutioni dedit. Ad hæc si dicimus, liberis omnibus sine elogio exhæredatis aut præteritis, testamentum potestate dict. constitutionis nullum esse, non liberis tantum consulimus; sed extraneis etiam defuncti legitimis hæredibus: quippe ad quos tum, liberis aut repudientibus, aut ante parentem, aut priusquam hæreditatem adierint, mortuis, hæreditas defuncti ab intestato perventura sit; exclusis scriptis hæredibus, qui alioqui ex testamento iisdem rebus intervenientibus venlaturi essent. Justinianus autem liberis dumtaxat prospicere voluit, ne his noceret exhæredatio, non consulere aliis contra scriptos testamento hæredes. Postremo, ut ex dictis liquet, non fuit ei propositum tollere inofficiosi querelam, sed proniorem atque expeditiorem ei viam facere: unique potissimum rei afferre remedium, ne scilicet liberi exhæredati aut præteriti ob difficultatem probandi se semper officiosos fuisse, parentum hæreditate exciderent. Cum ergo duplicem effectum exhæredatio jure veteri habeat: unum hunc, ut

ut absolvat internam testamenti paterni solemnitatem, ut nullum sit ob præteritionem, ad quod sufficit rite facta esse, etiamsi injusta sit: alterum ut exhæredatum submoveat ab hæreditate, ad quod insuper agitur, ut facta sit justis de causis: posteriorem effectum tantum Justinianus restringere voluit, priori in suo statu relicto. Sive igitur nulla causa a testatore expressa sit, sive aliquæ, quæ tamen non sint ex iis, quæ *d. Novella* 115. *cap.* 3. continentur, aut ex iis quidem, sed in cujus probatione hæres deficiat, utiliter & cum effectu exhæredatus de inofficioso hodieque aget, & postulabit, ut testamentum rescindatur, resque redigatur ad causam intestati. (4) Idemque erit, si liberi præteriti sint ab iis scilicet parentibus, quorum præteritio pro exhæredatione est, ut matris & avi materni, licet causa adjecta non sit: & falsum est, quod plerique pro vero nobis obtrudunt, præteritionem maternam pro exhæredatione amplius non haberi, sed ex hac causa æque nullum esse testamentum, ac si pater præteriisset, nisi præteritioni addita sit causa ingratitudinis: necessitatem quodammodo exhæredandi contra rationem juris illic introducentes, ubi non est suitas, *l.* 11. *de lib. & posthum. l.* 4. §. 2. *contra tabul.* Ita concludimus cum Fulgos. & Donell. *in dict. auth. ex causa.* Viglius *ad rubr. hic.* Duar. *cap.* 3. *ad hunc tit.* Cujacius *ad Novell.* 18. Fachin. 4. *controverf.* 9. Vasq. *lib.* 2. *de success. creat.* §. 20. *num.* 162. *& seqq.* Perez. *ad Cod. de lib. præced. n.* 13. Gudel. *lib.* 2. *de jur. noviss. c.* 4. Atque ita in utraque Curia Hollandiæ judicatum refert Neostad. *decis. sup. sen.* 99. contra quam Curia Frisiæ apud Sand. *lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 2. (5) Argumentis, quæ pro contraria sententia afferuntur, ex his, quæ dicta sunt, nullo negotio occurri potest: & sunt pleraque ex eorum genere, quæ Græci ἀντιστρέφοντα vocant, id est, quæ in ipsos auctores retorqueri possint. Postremo minimi pretii sunt, quæ illi putant esse maximi: quale est, quod sexto loco adducit Bachovius, frustraneam ajens esse eam actionem, in qua actor non potest succumbere, &c. Ergo frustra est, quod posthumis aut infantibus exhæredatis, §. 2. *infr. leg. si quis* 33. §. 1. *Codice hoc tit.* item ex constitutione Justiniani *leg. omnimodo* 30. *Codice eodem*, liberis omnibus exhæredatis, non addito, quia ingrati fuerunt, actio de inofficioso datur: quoniam numquam non possunt vincere. Considerare debuerant, non frustra esse, quod leges testamentum consistere volunt, ut saltem iis casibus, quos modo commemoravi, incidentibus, voluntas defuncti exitum habeat. Ejusdem ponderis est argumentum, quod Bachovius producit vice coroliarii, nempe legitimam relinquendam esse liberis titulo institutionis. Ne sit relicta isto titulo, an propterea sequitur, testamentum ipso jure nullum esse? Sed de eo plura inferius. In hisce regionibus passim necessitatem exhæredandorum liberorum, si hæredes non instituantur, non agnoscimus: utpote quæ suorum tantum hæredum propria est, quales hæredes nos non habemus, sed præteritio non matris tantum, verum etiam patris pro exhæredatione habetur, exemplo militarium testamentorum, §. *sed si* 6. *sup. de exhær. liber.* Intelligo, ut ipso jure valeat testamentum, non quia tamquam inofficiosum rescindi possit, & res ad causam intestati pronuntiatione judicis. Nam querelam inofficiosi modis omnibus etiam nos retinemus, si inique & contra officium pietatis exhæredatio facta proponatur. Vid. Gudelin. lib. 2. *de jur. noviss.* cap. 5. Grotius *l.* 2. *manud. ad jurisprud. Bat. cap.* 18. Christin. *vol.* 4. *decis.* 20. *n.* 8. Groenevv. *de leg. abrog. hic.*

Inductum est. Verbum *inducere* plurimum refertur ad jus non scriptum, aut ad id jus, quod ex interpretatione prudentum profluxit, *l.* 2. §. 5. *de orig. jur. leg. de quibus* 32. *de legib. l. Gallus* 29. *de legib. & posthum. l.* 2. *de vulg. & pupill.* Unde existimare licet, querelam inofficiosi testamenti non lege aliqua scripta introductum esse, sed moribus, aut, quod probabilius est, interpretatione consultorum. Dom. Cujacius *lib.* 2. *observ.* 21. ex lege Glicia eam deducit: sed hoc ideo probabile non est, quoniam nullis certis personis nominatim potestas experiundi hoc judicio concessa fuit, *l.* 1. *hoc t.* a lege autem si foret, certæ personæ expressæ essent, quibus hæc actio competeret. Ad hæc si lex aliqua de hoc judicio lata esset, nihil opus fuerat, colorem aliunde quærere, cujus prætextu testamentum quasi ab homine non sanæ mentis factum everteretur: quippe quod tunc vigore, & auctoritate solius legis rescindi oportuerit. Color autem iste dubium non est quin inventus atque excogitatus sit ab iis, a quibus alia id genus commenta & fictiones omnes manarunt, hoc est, a Jureconsultis. Denique si lege aliqua hoc judicium constitutum esset; procul dubio mentionem illius legis fecisset Valer. Max. *lib.* 7. *cap.* 7. VINN. Adde, quæ eam in rem disputavimus in *Antiquit. Roman. lib.* 2. *dict. tit.* 5. *pag. edit. novissim.* Nam in priore sequuti eramus sententiam summi Cujacii. HEIN.

Ut de inofficioso agere possint) Pro eodem Jurisconsulti dicunt, agere, queri de inofficioso, arguere, accusare, dicere inofficiosum; quæ legentibus passim in tit. hujus argumenti occurrunt, ut & nomina quærelæ, actionis, accusationis: nullo tamen nomine frequentius hoc judicium designatur, quam querelæ. (6) Estne ergo querela & ipsa actio, an remedium aliquod ab actione separatum, sive imploratio tantum officii judicis nobilis ut loquuntur, eo pertinens, ut testamentum rescindatur, quo rescisso demum agi & hæreditas peti possit? Non est, quod dubitemus affirmare, quod tot locis manifeste traditum est, querelam ipsam actionem & petitionem esse, perque eam sic impugnari testamentum, ut simul vindicetur hæreditas. Qui dicit inofficiosum, eum Papinianus ait hæreditatem petere, *l.* 8. §. *quoniam* 8. *h. t.* Scævola petitionem hæreditatis exercere, *l. qui de* 20. *eod.* Paulus *leg. cum qui* 22. §. *ult. eod.* ait, per querelam inofficiosi evinci hæreditatem: Ulpianus vindicari facultates, *l. si instituta* 27. §. 3. *eodem* Triphonius *l. penult. in fin. cont. tab.* filium exhæredatum ex causa querelæ inofficiosi movendæ admitti ad petitionem hæreditatis: Justinianus, hæreditatis petitionem ex nomine de inofficioso constitui, *leg. si quis* 34. *Cod. eod.* Unde quoque est, quod is, qui querelam moturus est, agnoscere debet bonorum possessionem litis ordinandæ gratia, *l.* 6. §. *ult. leg.* 7. *l.* 8. *in princ. eodem*, *l.* 2. *Cod. eodem*. Hoc enim non alio pertinet, quam ut is, qui ex causa inofficiosi hæreditatem petit, hæres esse videatur: quamquam in suis hæc possessio non est necessaria, *dict. leg.* 7. uti nec aditio, *l.* 4. *de suis & legit.* de quo consule Vigl. *in rubr. &* §. 2. *hoc tit.* Duar. *cap.* 8. *ad hunc tit.* Govean. 1. *var. lect. cap.* 5. Vasq. *lib.* 3. *de succ. resolut. ad leg.* 2. *Cod. eod.* Vaud. 2. *qu.* 24. Donell. 19. *comment. cap.* 3. Interpretes comm. & cum Sichard. *in rub. Cod. hoc tit. n.* 3. existimant, querelam esse judicium præparatorium, quo aditus pate-

patefiat ad judicium universale seu petitionem hæreditatis, sicut actio ad exhibendum præparatoria est rei vindicationis: atque ita duo hic esse judicia, quorum alterum, scilicet querela, præcedat, alterum, petitio hæreditatis, sequatur: quod falsum est: Nam ipse titulus inofficiosi causa est, ex qua vindicatur hæreditas, *l. 3. Cod. de pet. hær.* neque duo hic judicia sunt, sed unum, quo & testamentum impugnatur, & simul petitur hæreditas; sicut per actionem usucapionis rescissoriam & usucapio rescindi petitur, & simul res vindicatur: de quo sub §. 5. *infra de actionib.* Plane etsi querela quoque petitio hæreditatis est, in multis tamen differt a petitione hæreditatis simplici, de qua post *tit. de inoffic. testam. in Pand. & Cod.* generalis titulus datur, quæ hic congerere nimis longum foret. Duo solum argumenta refellam, quibus effici videtur, querelam inofficiosi hæreditatis petitionem non esse. Primum tale est. Petitio hæreditatis datur solum adversus eum, qui cum hæres non sit, pro hærede prove possessore possidet, numquam adversus hæredem, eumve, qui pro hærede sit, bonorum scilicet possessorem aut fideicommissarium, *l. 9. cum seqq. de hæred.* At querela datur adversus hæredem scriptum contra fidei commissarium, *l. 1. C. h. tit.* contra præteritum, qui accipit bonorum possessionem cont. tab. *l. pen. cont. tab.* Respondeo, scriptum testamento inofficioso hæredem, hæredem non esse, utique cum eo agi, tamquam qui hæres non sit, utpote scriptus ab eo, qui testamenti factionem non habuisse judicatur, *leg. qui repudiantis 17. §. 1. h. tit.* & proinde eum teneri, quasi pro hærede aut pro possessore possideret, ut diserte rescriptum est de eo, cui ex testamento inofficioso restituta est hæreditas, *l. 1. Codice eodem*. Alterum est hujusmodi. Omnis petitio hæreditatis aut ex testamento sit oportet, aut ab intestato, *l. 1. 2. & 3. de hær. pet.* querela autem inofficiosi ex neutra causa est: non ex testamento, quia datur iis, qui testamentum exclusi sunt; non ab intestato, quia quamdiu testamentum extat, causæ intestati non est locus, *l. quamdiu 39. de acquir. hæred.* Sed patet ex responsione ad objectionem præcedentem, querelam inofficiosi esse petitionem quamdam hæreditatis ab intestato, quia prætenditur color dementiæ testatoris; uti & revera si judex contra testamentum pronuntiaverit, res ad causam intestati redit, retroque versus perinde omnia habentur, ac si hæreditas numquam adita fuisset, *l. 6. §. 1. l. cum qui 21. §. 2. hoc tit.* Stet igitur hæc sententia, querelam etiam ipsam esse actionem, & nimirum speciem quamdam petitionis hæreditatis, qua vindicatur hæreditas tamquam ab intestato delata ex causa inofficiosi testamenti; cum qua sententia fere vi ipsa convenit, quod Joann. Fab. & alii hic notant, posse querelam cum petitione hæreditatis cumulari. Obiter addo, & per modum contradictionis seu exceptionis querelam induci posse, veluti si exhæredatus sit in possessione hæreditatis, & hæres scriptus hæreditatem petat, *l. 8. §. si filius 13. eodem*, adeoque liberum etiam esse exhæredato, simplici petitione hæreditatis experiri, deque titulo excipiendi reponere, se queri de inofficioso, atque ita querelam inducere per modum explicationis. Paul. 4. *sententia ?*

Aut inique se exhæredatos, aut inique præteritos) Rursus hæc duo conjungit, exhæredare & præterire, ut paulo ante & Marcell. *l. 3. cod.* nimirum quia non exhæredatis solum, sed etiam præteritis de inofficioso agere licet; præteritis scilicet ab iis parentibus, quorum præteritio vim exhæredationis habet. Et igitur horum alterum, *exhæredatos*, nemo est, qui non videat ad patrem referri, alterum, *præteritos*, ad matrem & avum maternum. (8) Quod ideo iterum hic moneo, ut appareat, nullam esse causam, cur Interpp. vulgo ex eo, quo auth. *ex causa Cod. de lib. præt.* generaliter & indefinite ab Irnerio concepta est hoc modo, *Ex causa exhæredationis vel præteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutionem; cætera namque firma manent*, collegerint, id jus ad præteritionem quoque paternam pertinere, ut quamvis tale testamentum ab initio nullum sit, etiam jure novo, tamen hoc jure dumtaxat nullum esse quoad institutionem, non quoad cætera capita, puta legata, libertates, dationem tutorum: atque hactenus etiam in proposito jus vetus mutatum, *leg. 1. leg. filio 17. de injust. rupt. cum similibus*. Etenim animadvertere debuerant, Justinianum in *Novell. 115. cap. 3.* unde dicta *auth.* sumpta est, non aliter loqui, quam hoc ipso loco. Sancit enim, non licere patri vel matri liberos suos exhæredes facere aut præterire, nisi forsan probabuntur ingrati, &c. quæ prædicata propriis subjectis attribuenda sunt, ut exhæredes facere non liceat patri, matri non liceat præterire; quemadmodum hoc loco alterum proprie ad patrem, alterum ad matrem referri constat. Liquet hoc ex eo, quod *d. Nov. c. 5.* aperte profitetur, hoc solum sibi propositum esse, ut injuriam exhæredationis & præteritionis a liberis avertat. Jam vero injuria ea proprie est, quæ vel ex exhæredatione, vel ex præteritione infligitur, quæ vim exhæredationis habet, *l. 8. in princ. h. t. l. 4. vers. quod si fuisset circa mod. C. de lib. prætor.* Præteritis a patre cum effectu non inferebatur injuria; quippe qui testamentum nullum dicebant: exhæredatis & a matre præteritis inferebatur: quæ etsi vindicabatur judicio de inofficioso, tamen si legitima portio quovis titulo relicta fuerat, quantumvis liberis obsequentissimis, injuria illa manebat. Cui rei occurrere voluit Justinianus, atque ea de causa constituit, ut non sufficeret in posterum ad excludendam querelam, legitimam quolibet titulo relictam esse; sed necesse esset, liberos vel hæredes institui vel exhæredari. Cæterum quia illata per exhæredationem aut præteritionem injuria satis tollitur rescissa institutione, sufficere etiam ei visum fuit, institutionem solam rescindi, salvis cæteris capitibus, cum olim querela omnia rescinderet. Nihil hoc pertinet ad præteritionem paternam, ex qua causa testamentum aut ab initio nullum est, aut rumpitur agnatione sui hæredis, aut per bonorum possessionem contra tabulas evertitur; neque ad eam produci sine insigni liberorum læsione potest. Atque hanc sententiam Azoni, & plerisque veterum probatam fuisse, testatur Jason. *in d. auth. ex causa n. 1.* sequitur Cujacium *in leg. filio 17. de injust. rupt.* Govean. *in l. 1. de vulg. & pupill. num. 27.* Wesemb. *ad §. 1. sup. de exhæred. lib.* disc. vulgo DD. & ex recentioribus Duar. *in tit. de injust. rupt. c. 3.* Donell. *in dict. auth. num. 6. & 7.* Connan. *6. comment.* 8. Sunt, qui interesse existimant, utrum præteritio ignoranter a patre facta sit, an scienter: illo casu totum testamentum corruere, nisi adjecta sit clausula codicillaris; hoc autem sive posteriore casu legata & fideicommissa firma manere: quæ sententia a præjudiciis curiarum supremæ jurisdictionis robur accepit, Anton. Fab. *C. suo delib. & posth. defin. 1.* Christin. *vol. 4. decis. 9.* & probatur Dom. Tuldeno *in comment. hic cap. 1.* Cæterum vide quæ sup. *num. 5.*

Hoc colore quasi non sanæ mentis fuerit) *L.2.l.5.§.1.* *l. Titia* 13. *eod.* ac proinde quasi testamenti factionem non habuerint, *l. qui repudiantis* 17. §. 1. *eod.* Unde etiam est, quod cum contra testamentum pronunciatum esset, nihil ex eo testamento valebat, *l.* 8. §. *pen. d.l.Titia* 13. *l. cum mater* 28. *eod.* Quæsitus autem color fuit, ne sani hominis testamentum impugnari videretur contra auctoritatem legis duodecim Tab. quæ liberam undequaque potestatem testandi patrif. concedit, *l. verbis* 120. *de verb. sign.* Maxime autem liberis hoc colore iniquitatum exhæredationis tegere convenit ob verecundiam. Bartolus *in d. l. Titia* 13. putat, colorem istum dementiæ jam non amplius prætexi posse, quia demens videri non potest, qui filium ex justa causa exhæredat: præsupponit enim, non aliter querelæ locum esse. Sed utut ita sit, quid si falsum sit elogium? quod præsumitur, si ab hærede non probetur. Numquid falsam causam objicere filio immerenti contra officium pietatis prope furiosi hominis esse videtur? Plane dicendum hodie est, colorem istum furoris tantum prætendi ad rescindendi institutionem, quod testamenti principale est, cum cætera capita tamquam a sano homine facta beneficio novæ legis conserventur, *de auth. ex causa*. Ita contr. Bart. Viglius & Mynf. hic disputant. VINN. Quum ipse Vinnius fateatur, quæsitum fuisse hunc colorem, ne sani hominis testamentum contra auctoritatem legis duodecim Tabul. impugnari videretur: consequens omnino esse videretur, ut is color hodie cesset. Olim licebat parentibus impune liberos & præterire, & exhæredes scribere: nullaque prodita erat actio, qua liberi testamenta paterna impugnarent, quamvis iniquissime essent hæreditate exclusi. Id quum durum videretur Jurisconsultis, callide reperiere modum juvandi injuste exhæredatos. Quum enim furiosorum testamenta non valent, impugnabant tabulas tam inhumani parentis, tamquam ab homine emoræ mentis factas; eam autem dementiam colligi posse existimabant ex filii morigeri exhæredatione vel præteritione. Si itaque colore illo opus fuit, quia nulla actio legibus prodita erat; hodie sane eo non erit opus, postquam hæc querela legibus probata est. HEIN.

Non quasi vere furiosus sit) Cujus testamentum inofficiosum arguitur, quasi demens, non vere demens dicitur, *l.* 2. *l.* 5. §. 1. *h. tit.* nam qui filium immerentem exhæredat, patrem qui præterit, prope a furioso abesse fingitur, eo quod non sentiat, sibi se esse injurium cum liberis aut parentibus injuriam facit. Quod vero testamentum a vero demente factum est, id inofficiosum accusari non potest, quia nullum est, factum quippe ab eo, qui testamenti factionem non habet: ac proinde hoc non attento recta succeditur ab intestato.

Non ex hoc officio pietatis) Καὶ ... *Ipsamque deserens naturam, exuit nomen patris*, &c. quod prope a furore abest.

TEXTUS.

Qui de inofficioso agunt.

1. *Non autem liberis tantum permissum est, testamentum parentum inofficiosum accusare, verum etiam liberorum parentibus. Soror autem & frater turpibus personis scriptis hæredibus ex sacris constitutionibus prælati sunt. Non ergo contra omnes hæredes agere possunt. Ultra fratres igitur & sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.*

NOTÆ.

1. *Inofficiosum accusare*) Pro eodem dicunt nostri, agere, queri de inofficioso, arguere, accusare, dicere inofficiosum. Una autem eademque actione & rescindi testamentum petitur, & vindicatur hæreditas tamquam ab intestato, *l.* 8. §. 8. *l.* 20. *l.* 21. §. *ult. l.* 27. §. 3. *eodem*. Cujac. *par. Cod. eod.*

Etiam parentibus) *l.* 1. *eod.* quippe quibus turbato ordine mortalitatis, non minus, quam liberis pie relinqui debet, *l.* 15. *eod. l.* 7. §. 1. *si tab. testamen.* Datur autem querela non patri solum, sed etiam matri *d. l.* 1. *l.* 14 & *seq. eod.* nec interest, exhæredati sint, an præteriti, dummodo injuste. Nam ex justa causa, una illarum octo quæ enumerantur, *Novell.* 115. *cap.* 4. cum effectu exhæredari possunt, modo exhæredationi addatur elogium.

Soror & frater) Hebræorum jure uterini pro fratribus non habebantur. Mos. Maimonid.

Aut agentes vincere) Si tamen egerint, & nemine eos repellente obtinuerint, prodest eorum victoria proximis ab intestato, *l.* 6. §. 1. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Qui liberi de inofficioso agere possint?*
2. *Cur placeat etiam parentibus querelam dari, & quibus quando detur?*
3. *Contra rationem juris tam veteris, quam novi, esse videri, quid statim post liberos ad querelam admittantur parentes; quam difficultatem pauci cernant.*
4. *An jure novissimo fratres una cum parentibus ad querelam admittendi, aut illi saltem prosit horum victoria?*
5. *An fratres uterini hodie cum consanguineis concurrere debeant, aut his vincentibus illi quoque ad successionem ab intestato venire?*
6. *An spurii in quæstione proposita pro turpibus personis habendi?*

(1) NON *autem liberis tantum*) Querela inofficiosi testamenti primo competit liberis: & merito, quoniam prima eorum causa est in successione ab intestato: utpote quibus ratio naturalis, quasi lex quædam tacita, parentum hæreditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocando, *l.* 7. *de bon. damn.* daturque liberis omnibus cujuscumque sexus aut gradus sint, & tam emancipatis, quam in potestate constitutis, *l.* 6. *h. t. l.* 8. *in princ. cont. tab.* item qui numquam in potestate fuerunt, §. *ult. sup. de exhæred. lib.* tam adoptivis, quam ex nuptiis quæsitis; servata tamen distinctione, *l. pen. C. de adopt.* In impubere arrogato speciale est, quod queri non potest, quia quartam habet ex constitutione D. Pii *l.* 8. §. *si quis* 14. *h. t.* Datur & legitimatis per §. 2. *inf. de hæred. quæ ab int. Nov.* 89. Datur non tantum liberis jam natis, verum etiam posthumis, & tam alienis, quam suis, *l.* 6. *in princ. eod.* §. *seq. in fin.* ubi plura. Illud pene supervacuum monere, querelam competere iis liberis dumtaxat, qui jus succedendi habeant: nam qui non habent, cum iis neque legitima debeatur, de inofficioso queri non possunt. Proinde liberi illegitimi, sive vulgo quæsiti, sive nati ex concubina patris, testamentum inofficiosum non dicunt: de matris autem agere possunt, *l. si suspecta* 29. §. 1. *eod.* vid. Bart. Salic. Castr. *in leg. pen. Cod. ad sen. Orfic.* Ex privilegio est, quod de inofficioso testamento militis nemo queri potest,

potest, *l. Papinianus* 8. §. *si quis* 4. *l. si instituta* 27. §. 2. *cod. l.* 9. *l. testamentum* 24. *Cod. eod.* DD. plerique *in d. l.* 9. tradunt, hodie etiam militum testamenta querelæ esse obnoxia, & ita usu servari. Autumn. *ibidem*.

(2) *Liberorum parentibus*) Post liberos secundo loco querela datur parentibus. Nam etsi parentibus non debetur filiorum hæreditas propter verum parentum & naturalem erga filios charitatem; turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus, quam liberis pie relinqui debet, ut bene & pie Papinianus in *l. nam etsi* 15. *h. t.* Idem hanc habet sententiam: etsi naturæ ordo parentumque affectio & votum hoc sit, ut liberi supervivant & succedant parentibus, atque idcirco non sic parentibus, quos sola ratio miserationis admittit, liberorum debeatur hæreditas, uti liberis parentum, quos admittit naturæ simul & commune parentum votum, ut idem Papinianus scribit in *l.* 7. §. *unde lib.* tamen turbato ordine mortalitatis, id est, si contigat liberos prius ex hac vita evocari, & præpostera atque immatura morte abripi, vivis adhuc parentibus, rationem pietatis seu miserationis exigere, ut ne parentes a luctuosa liberorum suorum hæreditate excludantur. Ex quo porro intelligimus, contra officium pietatis facere liberos, qui parentes suos sine causa exhæredant aut prætereunt, atque ob eam causam parentibus quoque actionem de inofficioso dari. Datur autem parentibus itidem omnibus sive masculis sive fœminis *l.* 1. *l.* 14. & *seq. eod. l. cum filium* 17. *Cod. eod.*, qui modo ad successionem liberorum vel legitimo jure vel honorario venturi fuissent; de quo statuendum ex iis, quæ de liberis dicta sunt. Exhæredati sint parentes, an præteriti, nihil interest: nam hæc in linea descendentium & collateralium non differunt. Cæterum ut effectum habeat exhæredatio aut præteritio, tutumque sic testamentum ab expugnatione, cum elogio hic quoque facienda est, & vel una saltem ex causis, ob quas parentes exhæredari aut præteriri permisit Justinianus, testamento inferenda. *Nov.* 116. *cap.* 4. Causæ autem hujusmodi admissæ octo tantum, quæ ordine enumerantur *dict. cap.* 4. §. 1. & *seqq.* Nimirum pauciores hic causæ sunt, quam in liberis, propterea quod parentibus multa conceduntur in liberos, quæ a liberis in parentes commissa pœnam merentur. (3) Illud difficultate non caret, quod parentes statim post liberos ad querelam admittimus, sive veteris juris rationem consideremus, sive novi Justinianæi. Nam ante novellam Justiniani legem fratrum prior atque potior in querela, quam parentum causa fuisse videtur, *arg. l.* 4. *C. de bon. quæ lib. l.* 2. *Cod. ad SC. Tertull. l. ult. Cod. comm. de succ. princ. sup. quib. non est permiss. fac. testam. vers. si vero* quibus locis ad successionem ab intestato demum post fratres patrem vocari legimus. Jam vero ratio juris postulat omnino, ut quo quisque ordine ad successionem a lege vocatur, eodem ordine admittatur ad querelam, per quam res ad causam intestati redigitur; quo enim quisque potiore juris est in causa successionis, eo majorem exhæredatus aut præteritus patitur injuriam. Fac ergo, verbi causa, Titium, cum patrem & fratrem haberet, utroque præterito hæredem instituisse in bonis castrensibus: quod tam absurdum est, quam si dicamus, patrem solum queri de inofficioso posse, exclusoque fratre hæreditatem consequi, ad quam testamento non facto solus frater venisset excluso patre? *dict. princ. vers. si vero sup. quib. non est permis. fac. testam.* Ego non dubito, quin a posterioribus Principibus istud constitutum sit, non animadvertentibus, quæ inde consecuta esset veteris juris perturbatio. Nam si de jure, quod in Pand. relatum est, quæratur, filiusfam. hæredem ab intestato habere non poterat, sed pater jure peculii bona, quæ filii fuerant, (alia autem quam castrensia & quasi castrensia non erant) occupabat, *l.* 2. *l.* 9. *de castr. pec.* Quod si filius de his bonis, quod ipsi permissum erat, testamentum fecisset, id testamentum querelæ non erat obnoxium; atque id jus etiam Justinianus confirmavit, *l. ult. Cod. hoc tit.* Cæterum sustulit *Novell.* 15. *cap.* 4. *in princ.* ut verba illa, *in quibus habent testandi licentiam*, manifeste ostendunt. In successione autem filii emancipati pater manumissor præferebatur defuncti fratribus, & omnino jure patris potior erat, ut mirum non sit, in querela quoque fratribus prælatum fuisse: quæ omnia a me copiosius tractata sunt sub §. *ult. infr. de legat. agnat. success.* Mater ex Senatusconsulto Tertylliano ad legitimam hæreditatem liberorum vocata fuit, ita tamen, ut fratres consanguinei matrem excluderent, §. 3. *infr. ad SC. Tertull.* Unde sequi videtur, eos etiam ad querelam ante matrem admissos fuisse. Nihil tamen definio. Novissimo jure, postquam placuit fratres defuncti una cum parentibus admitti ad hæreditatem, *Novell.* 118. *cap.* 2. dicendum videtur, etiam simul eos cum parentibus admitti ad querelam: aut si hoc minus placet, dicam, fratres saltem admittendos parente repudiante, utque si turpis persona instituta sit: quippe cum tunc ex sua persona frater querelam movere possit. Utut est, illud extra controversiam positum esse debet, victoriam parentum fratribus quoque prodesse, cum nulla sit ratio, cur rescisso testamento, & re ad caussam intestati defuncta, fratres excludantur. Et ita quoque sentiunt Joann. Fab. Aug. Baro & Mynsing. *hic*, licet aliud Viglio & Dom. Tuldeno *ad tit. de hæred. quæ ab int. cap.* 6. videatur, parentibus, hoc pacto fraudem legi fieri. sed falso, cum maxime sit ex sententiam legis ut fratres una cum parentibus ab intestato succedant, *dict. Novell.* 113. *cap.* 2. Neque novum est, ut quis aliquid commodi propter tertium percipiat, quod per se ipse non habuisset, *leg. cum hæreditate* 55. *de acquir. hæred. l.* 10. §. *ult. cont. tab. l.* 3. *in fin. quæ res pign. dar. l.* 10. *quemadm. serv. am. l.* 5. §. 2. *ad SC. Tertull.* Apud nos iis demum in locis parentes ad querelam admittuntur, ubi vocantur ad successionem: de quo *sub dict. tit. de hæred. quæ ab int.* add. Dist. Coren. *observ.* 10. *n.* 8. & *seq.*

Soror autem & frater) *l.* 1. *hoc tit. l. fratris* 21. *Cod. eod.* Fratres autem & sorores hic intelliguntur germani aut consanguinei, sive ὁμοπάτριοι; nam uterini ab actione de inofficioso contra testamentum fratris aut sororis penitus arcentur, *l. fratres* 7. *Codice eodem*. Hodie vero cum fratres uterini in successione concurrant cum fratribus consanguineis, consequens est, ut etiam in querela cum iisdem concurrant, aut saltem vincentibus illis, simul ad successionem intestati veniant.

Turpibus personis) *dict. leg. fratres* 27. *Cod. hoc tit. l.* 3. *Cod. Theodos. eod.* Itaque fratribus querela datur, non simpliciter ut præteritis, sed ut postpositis turpi personæ; atque adeo odio scripti hæredes. Cum autem turpis persona definiatur a Constantino, *quæ vel turpitudinis, vel infamiæ, vel levis notæ macula aspergitur*, *d. l. fratres* quæsitum est de spuriis; num & illi talium personarum numero habendi? Spuriorum causam cum DD. comm. defendunt Gabriel Palæot. *tract. de nothis spuriisq. lib. cap.* 55. & *seq.* Hartm. Pistor. *lib.* 1. *qu.* 30. *num.*

num. 26. *& seq.* Dom. Tulden. *hic cap.* 3. quia, ajunt, neque jure infames sunt, neque ipsi quicquam admiserunt, quod existimationem eorum lædat apud bonos viros: *crimen paternum nullam maculam filio infligere posse, leg. crimen* 26. *de penultim. nativitatem, quæ vitio aut culpæ verti nemini potest, pœnæ esse non debere: undecumque homines nascuntur, si parentum vitia non sectentur, honestos esse.* Augustin. *cap. undecumque, distinct.* 56. Cæterum utut hæc vera sint, negari tamen non potest, quin labes aliqua & macula spuriis adhæreat, non quidem ex facto sic nascentium, ceu pœna injusta; sed ex vitio ac defectu natalium contracta; unde eos opprobria per omnem vitam comitantur, quæ nullo modo elui possunt, ut scribit Plutarch. *lib. de educ. lib.* vixque est, ut defendi possit, eum, qui ex vulgivaga Venere, & improbata gentibus omnibus conjunctione natus est, qui nec gentem, nec familiam, nec patrem habet, pro integra & legali persona, ut loquuntur, habendum esse. Qua de re eleganter disserit vir doctissimus Arnisæus *lib.* 2. *de republ. cap.* 2. *sect.* 3. Illud equidem minime concedo, quod Covartuy 2. *de spons.* 8. *n.* 11. Card. Tusz. *concl.* 454. *num.* 17. statuunt, meretricem, quæ postea nupsit, pro persona infami habendam non esse, propterea quod præcedens dedecus purgetur matrimonio. Non enim aboletur turpitudo, quæ postea intermittitur, *leg.* 43. §. 4. *de ritu nupt.* utique manet adhuc litura prostitutæ quondam pudicitiæ; at excluduntur a fratre, qui vel levis notæ macula adsperguntur. Pœnitentia quidem & vitæ emendatio abolent delicti notam coram Deo: at non in hujus sæculi tribunalibus, *leg.* 65. *de furt. l.* 5. *vi bon. rapt.* Utut autem turpis persona instituta sit; non tamen statim frater ad querelam admittitur. Quid enim si ipse eadem turpitudine, qua hæres scriptus, laboret? Nihil hic habet frater, quod hæredi objiciat, *arg. leg.* 11. *Cod. hoc tit. leg. cum mulier*, 47. *sol. matr.* Removet præterea fratrem & ingratitudo ex tribus causis expressis *Novell.* 22. *cap.* 47. easque causas opponi ab hærede & probari sufficit, etiamsi a testatore objectæ non fuerint. Nihil enim juri veteri in hoc derogatum est, Gudelin. *de jur. nov. lib.* 2. *cap.* 8. VINN. Ast Spurios tamen haud intelligi in *leg.* 27. *Cod. hoc tit.* singulari dissertatione *de levis notæ macula* demonstrari a nobis meminimus. HEIN.

Ultra fratres & sorores &c.) Cognatos, qui sunt ultra fratrem, Ulpianus, in *leg.* 1. *hoc tit.* hortatur, ne se sumptibus inanibus vexent, eo quod in lite de inofficioso obtinere spem non habeant. Ex quo explicandum est, quod Justinianus hic simpliciter ait, eos nullo modo agere posse aut agentes vincere: item quod Diocletianus & Maximianus rescribunt, *in leg. fratres*, 21. *Cod. eod.* neminem eorum qui ex transversa linea veniunt, exceptis fratre & sorore, ad inofficiosi querelam admitti; nimirum non admitti, agere ut agentes vincere, suoque jure testamentum evertere non posse, si exceptio iis objiciatur non competentis querelæ. Plane enim si egerint, & nemine forte eos repellente obtinuerint, testamentum jure rescissum manet, remque proximi ab intestato auferunt, *leg.* 6. §. 1. *cod.* Similem superioribus quæstionem peperit constitutio Justiniani, *Nov.* 118. *cap.* 3. ubi cum fratribus defuncti ad successionem admittit fratrum demortuorum filios: de hac autem quæstione idem quod de præcedentibus judicium est. VINN. Est hoc ex jure novo, invecto, ut videtur, postquam portio legitima invecta est. Jure enim antiquo & alios agnatos cognatosque remotiores, immo & amicos extraneos inofficiosi querelam instituisse, clarissime patet ex Val. Max. *lib.* 7. *cap.* 5. Conf. *Antiq. nostr. Rom. hoc tit.* §. 7. HEIN.

TEXTUS.

Qui alio jure veniunt, de inofficioso non agunt.

2. *Tam autem naturales liberi, quam secundum nostræ constitutionis divisionem adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad defuncti bona venire possint. Nam qui ad hæreditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt. Posthumi quoque qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.*

NOTÆ.

2. *Naturales liberi*) Id est, justis nuptiis quæsiti: *v. supr. de adopt. in princ.* quibus exæquati & qui postea facti legitimi. *Nov.* 82. Matris autem testamentum etiam spurii inofficiosum dicunt, *leg.* 29. §. 1. *eod.*

Nostræ constitutionis divisionem) Adoptati ab ascendente queri possunt, ab extranea persona non possunt. Constitutio est *l. pen. C. de adopt.*

Alio jure veniunt) legitur impuberes adrogati queri non possunt, quia quartam habent ex constitutione D. Pii, *l.* 8. §. 15. *hoc tit.* nec sui nec emancipati præteriti a patre, quia illorum præteritio patrem intestatum facit, hi habent contra tabulas *supr. de exhib. lib.* quam ob causam querela dicitur ultimum adjutorium, *l. ult. C. de lia. orat.* ἐσχάτη βοήθεια. Theoph.

Posthumi qui nullo alio jure) Ac proinde non aliter quam si sint exhæredati: nam & posthumi sui & quasi posthumi præteriti, agnascendo aut quasi agnascendo testamentum rumpunt: ex filio concepti post emancipationem bonorum possessores efficiuntur, *l.* 1. §. 1. *l.* 3. *princ. contr. tab.* §. 1. 2. *&* 6. *supr. de exhib. lib.* Cæteri posthumi alieni aliud remedium non habent, *l.* 6. *hoc titul.*

COMMENTARIUS.

1. *Quam rationem habeant, quod qui alio jure venire possunt, ad querelam non admittantur?*
2. *Cur parenti manumissori querela detur, cum contra tabulas petere possit?*
3. *Quando posthumis querela necessaria: & num idem adhuc hodie?*

SEcundum nostræ constitutionis divisionem*) Intelligit constitutionem, quæ extat in *l. pen. Cod. de adopt.* cujus crebra in hisce libris mentio, §. 1. *supr. de adopt.* §. 5. *supr. de exhæred. lib.* §. 1. *tit. præced.* §. *sed ea*, 14. *infr. de hær. quæ ab int.* Significat autem, ex sua constitutione eos dumtaxat liberos a patre naturali in adoptionem datos queri de inofficioso patris testamento posse, qui dati sunt personæ non extraneæ, puta avo aut proavo materno. Illud sæpe monuimus, perpetuum esse in jure nostro, ut cum liberi naturales opponuntur liberis adoptivis, per eos significentur liberi ex justis nuptiis procreati, *leg.* 1. §. 2. *liberos*, 6. *unde lib. lib.* 1. §. 2. *de suis & legit. supr. de adopt. in princ.* §. 2. *infr. de hær. quæ ab int.* quamquam matris testamentum etiam na-

naturales illegitimi, adeoque spurii, inofficiosum dicunt, *leg. si suspecta*, 28. §. 1. *h. t.*

(1) *Qui ad hæreditatem, &c. alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt*) Hoc, credibile est, introductum esse, ut quoad fieri posset, salvo jure exhæredati aut præteriti existimationi testantium parceretur, quos querela, dum quæsito colore cæcitatem mentis obtendit, revera nec humane, nec pie fecisse arguit. Estque querela remedium extraordinarium ac subsidiarium; cujusmodi concedi non solet ei, qui communi & ordinario auxilio munitus est, *l. in causæ*, 16. *de min.* Proinde qui testamentum nullum, ruptum aut irritum dicere potest, inofficiosum non dicet; nisi forte justa causa sit dubitandi; an alio remedio æque cautum sit agenti; tunc enim eligere licet *l.* 8. §. *si quis*, 12. *h. t.* fac. *l.* 7. §. 4. *de dolo*, & si quis, ex. gr. nullum dixerit, nec obtinuerit, non prohibetur postea de inofficioso queri, *l. contra*, 16. & *ibi* Sichard. *C. eod.* Pari ratione liberi emancipati præteriti, quia jure honorario ad bonorum possessionem contra tabulas admittuntur, de inofficioso agere non possunt, *l. si ponas*, 23. *cod.* In summa de inofficioso agere non potest, nisi qui omni alio auxilio tum civili, tum prætorio destitutus est, quam ob causam querela inofficiosi ultimum dicitur adjutorium *l. ult. versi nam cum ult. C. de lib. præt.* ἐσχάτη βοήθεια. Theoph. (2) Sed hic jam quæret aliquis, cur igitur patri a filio emancipato præterito querela datur inofficiosi, cum *bonorum filii possessionem contra tabulas* petere possit? *l. si a patr. quis man.* In promptu responsio est, hanc bonorum possessionem non dari patri, tamquam patri, sed tamquam manumissori & patrono: nam emancipatus a parente in ea causa est, ut is contra tabulas bonorum possessione liberti exitum patiatur, *l.* 1. *in pr. d. t.* Ut patronus igitur contra tabulas agit; ut pater, querela inofficiosi. Et longe diversa est ista bonorum contra tabulas possessio ab ea, a qua excluduntur exhæredati, & similes exhæredatis, præteriti, *l.* 8. *in pr. contr. tab.* quæ ad parentes non pertinet, sed tantum ad liberos a patre præteritos & maxime emancipatos, *l.* 1. & *pass. d. t.* Considerandum quoque est, bonorum possessionem, quæ ad exemplum patroni patri datur, non esse remedium ejusdem potestatis, neque æque plenum, ac querela: cum querela totum testamentum rescindat, bonorum autem illa possessio constitutæ tantum parti plerumque detur, *l.* 3. *si pat. quis man.* Nocere autem parenti non debet, quod jura patronatus habeat, cum sit pater, ut disputat Jurisconsultus *dict. l.* 1. §. *ult. eod.* & translatitium apud nostros est, posse cum ordinario remedio concurrere extraordinarium, quoties hoc plenius est, atque expeditius. Plane qui de inofficioso acturi erant, accipiebant quidem etiam bonorum possessionem, sed eam, quæ litis ordinandæ gratia querentibus erat necessaria, ut justo titulo niti, & hæreditatem petere viderentur, *l.* 6. §. *ult. l.* 7. *l.* 8. *id princ. h. t.* Cæterum ea bonorum possessio sine re & effectu erat: neque enim ideo scriptis hæredibus bonorum possessio auferebatur, *l.* 2. *Cod. eod.* cujus rei etiam supra meminimus *ad* §. *pr. hujus h. t.*

(3) *Posthumi quoque, qui nullo alio jure*) Constat, jure veteri liberos omnes exhæredatos pari hac in re conditione fuisse, ut nec jure civili, nec prætorio testamenta parentum turbarent, unamque tantum illis superfuisse querelam inofficiosi testamenti, *leg.* 8. *in princ. contr. tab.* Eique ita erat, sive causæ ingratitudinis testamento adscriptæ essent, sive non essent: sive constaret liberos ingratos non fuisse, sive constaret ne ingratos quidem esse potuisse: ideoque in infante quoque ex hæredato valebat testamentum, necessariaque erat exhæredato inofficiosi querela: quod jus a Justiniano quoque confirmatum, *l. si quis*, 33. §. 1. *C. h. t.* Posthumo non tantum exhæredato, verum etiam præterito valebat ab initio testamentum: sed præteritus alio jure veniebat, quia nativitate ejus rumpebatur testamentum: exhæredatus non rumpebat, sed ad rescindendum testamentum non ei minus quam cæteris liberis exhæredatis querela opus erat. Hoc itidem jus confirmavit Justinianus *l. omnimodo*, 30. §. 1. *C. eod.* & *hoc nostro* §. Pro exhæredatione reputamus etiam eam præteritionem, quæ a matre aut avo materno facta est, §. *ult. supr. de exhær. lib.* Cæterum non perstitisse in eo jure Imperatorem, totumque hoc abrogasse, *Nov.* 115. *c.* 3. plerisque Interpretum nostrorum visum fuit: qui sic ratiocinantur: si ex *d. Novell.* testamentum ipso jure nullum est: cum liberi, in quos cadere potest ingratitudo, exhæredati sunt sine expressione justæ causæ ingratitudinis, multo magis ubi nulla esse potest exhæredationis causa, ut in infante & posthumo testamentum his exhæredatis nullum erit, agnatione posthumi rumpetur, ac proinde cum alio jure ex *dict. Novell.* veniant, ad querelam non debent admitti. Mihi vero contra videtur sententia ista constitutioni Justiniani plane adversari. Jubet quidem Justinianus, liberos exhæredari justis de causis, easque adscribi; cæterum non ut testamentum ab initio constet, sed ut si contra factum sit, rescindatur, ne exhæredatio noceat; caveatque nominatim, ne noceat solis liberis, non ut aliis ea prosit: quod futurum est, si testamentum non rescindi, sed nullum esse dicimus. Quamobrem statuimus etiam post *d. Nov.* dummodo liberi, quicumque erunt, rite sint exhæredati secundum formam juris veteris, quantumvis nulla sit causa exhæredationis, aut non sit adscripta, jus antiquum manere, & querelam solam exhæredatis dari, etiam posthumis & infantibus. Pluribus argumentis, quibus hæc sententia stabilitur, usus sum *ad princ. hujus tit.*

T E X T U S.

De eo, cui testator aliquid reliquit.

5. *Sed hæc ita accipienda sunt, si nihil eis penitus a testatoribus testamento relictum est. Quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin vero quantacumque pars hæreditatis, vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, id quod eis deest usque ad quartam legitimæ partis repleatur, licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.*

N O T Æ.

3. *Nostra constitutio ad verecundiam naturæ*) Ipsorum parentum gratia: nam cujus testamentum inofficiosum dicitur, ejus opinio læditur & pudor sugillatur, dum insimulatur dementiæ. Plin. 5. *Ep.* 1. constitutio est, *leg.* 30. *C. hoc tit.*

Quod deest repleatur) Conditione ex *dict. leg.* 30. quæ actio diversa est ab illa de inofficioso. Conductio illa perpetua est, atque ad hæredes transmittitur; querela finitur quinquennio, *l.* 8. §. *ult.* & *leg. seq. eod. l.* 34. *Cod. eod.* nec transmittitur, nisi præparata, *leg.* 6. §. *ultim. eod.* cum 1. *leg. seqq. eod.* illam excludit agnitio relicti hanc non item.

Licet

Licet ei non fuerit adjectum) Quod adjici olim ad excludendam querelam necessarium, *leg.25.eod. l.4. §. Theod. cod.* Alioqui etiam hæres in minore parte institutus queri poterat, *l.3. C.eod.* excepto quod fratribus cohærentibus adjectis quartæ petebat suppletionem. Paul. 4. t. 4.

COMMENTARIUS.

1 *Jus vetus, & quatenus ab eo paulatim recessum constitutionibus Justiniani?*
2 *Auctio portionis legitimæ, & an ea quoque ad parentes & fratres pertineat?*
3 *An ut augeri & minui legitima potest, ita & in totum tolli?*
4 *Si minus legitima relictum, qua actione quod deest, petatur? & quibus rebus ea actio differat a querela inofficiosi?*

IN hoc loco explicando multum operæ VVesembecius posuit: alii, ut Viglius, Mynsing. Hotom. leviter tantum eum perstrinxerunt. Difficilem sane reddit crebra juris mutatio. (1) Veteris juris auctores putarunt, testamentum, in quo debita legibus portio, iis qui queri possunt, relicta esset, pro inofficioso aut contra pietatem facto habendum non esse. Cæterum ut id ab expugnatione immune esset, totam legitimam, id est, quartam integram debitæ portionis ab intestato, ex judicio defuncti, eos habere voluerunt, sive in hæreditate, sive in legato aut fideicommisso, *l.8. §. quis, 6.& §.8.h.t.* Si minus relictum esset, querela iis non denegabatur, nisi judicium defuncti agnitione aut quavis ratione comprobassent, *d.l.8.§. conditioni, 10. leg.si pars, 10. §.ult. l.nihil, 12. l. filius, 22. l. pen. §.3. & 3. leg. ult. eod.* Plane si expresse in hoc aliquid datum fuisset, ut in quartam haberetur, neque id quartam æquaret, boni viri arbitratu repleri poterat, *l. si non mortis, 25.eod.* Paulus quoque *lib. 4. sent. 5.* scribit, filium ex minore patre institutum, cui fratres cohæredes dati sint, jure desiderare, ut portio debita suppleatur citra inofficiosi querelam, unde simul apparet, adjectis extraneis secus fuisset. Facit. *l.3.C.h.t.* Illud omnino certum est, quando testator nominatim cavisset; ut si minus relictum esset, suppletio ad modum quartæ fieret, tunc cessante querela id ipsum boni viri arbitrata hæredem supplere debuisse, *l.4.C. Theod. eod.* Illud igitur hic apprime notandum, olim ita jus fuisse, ut non tam ipsa exhæredatio aut præteritio querelæ faceret locum, quam quartæ sive legitimæ portionis per exhæredationem aut præteritionem ademptio: atque hinc evenisse, ut & is, cui exhæredato pars legitima relicta esset, a querela repelleretur, & is, qui ex minore parte, quam quæ legitimam conficeret, hæres institutus esset, datis cohæredibus, admitteretur ad querelam, ut perspicue probat dictus locus & Pauli & Ulpiani quoque in *d.l.8.§.quarta, 9,* quod quia in principio omissum est, hic annotare libuit. Videamus nunc, quatenus Justinianus ab hoc jure recesserit ea constitutione, cujus hic meminit, & quæ extat in *omnimodo, 30.C.h.t.* Is vetera jura intacta servari expresse voluit, id est, querelam inofficiosi locum habere, cum nihil exhæredatis aut præteritis testamento relictum est, *§.1.d.l.omnimodo & l.seq.* At si ei, qui queri poterat, aliquid relictum sit, vel in hæreditate, vel in legato aut fideicommisso, id satis Imperatori visum est ad excludendam querelam confirmandumque testamentum: jubetque hoc casu id, quod deest, usque ad portionem legitimam suppleri, licet testamento adjectum non fuerit, ut boni viri arbitratu suppleretur, *d.l. omnimodo in princ.* quod etiam repetit *l.quæ nuper, 31. & aliquot seqq. C. eod.* & exprimit hoc §. Loquitur generaliter, profiteturque, se hoc constituisse, ut amputaret innumerabiles occasiones subvertendi ultimas hominum dispositiones, atque in eo respexisse ad verecundiam naturæ. Ac proinde VVesembecio assentiendum non est, qui arbitratur, in una tantum specie, cum scilicet nominatim aliquid in quartam seu pro legitima relictum est, correctioni constitutionis & suppletioni locum esse: sin autem simpliciter quid relictum sit, queri etiamnum exhæredatis licere, nec dictam constitutionem refragari. Alia constitutione Imperator sancivit, ut etsi quis relictum aut inter vivos sibi donatum, ut id ei in quartam imputaretur, post obitum defuncti agnoverit, aut retinuerit, non idcirco tamen impediretur actione expletoria id quod legitimæ deest, persequi; nisi agnoscens adjecerit, nullam sibi superesse de repletione quæstionem, *l. si quando, 35. & 3. C. eod.* Novissimo jure non tam debitæ portionis per exhæredationem ademptio, quam ipsa exhæredatio per se querelam inducit: adeo ut quamvis quartam liberi aut parentes habeant, si tamen immerenter reperiantur exhæredari, conqueri non prohibeantur. *Nov. 115. cap. 4. & 5.* De quo accuratius sub *§. ult. infr. cod.*

Ad verecundiam naturæ) Ne scilicet temere atque irreverenter liberi prosiliant ad impugnanda ac rescindenda testamenta parentum, quorum ut persona, ita & voluntas sancta iis esse debet: & in universum, ut aliorum quoque pudori consulatur, nec tam crebra sit occasio suprema hominum judicia evertendi; tamquam impia atque inhumana, quæsito colore ac prætextu futuri, *d.l. omnimodo in princ. C.h.t.* Nam is, cujus testamentum inofficiosum dicitur, dementiæ videtur insimulari: ejus certe opinio læditur, & pudor sugillatur. Plin. *5. epist.1.* Igitur post introductam actionem ad supplementum, neque instituentis in parte aliqua hæreditatis, neque iis quibus exhæredatis per legatum aut fideicommissum aliquid relictum esset, quantumvis minus legitima portione, querela amplius competit: sed iis solum, quibus nihil omnino relictum erat neque in hæreditate, neque in re alia *d. l. omnimodo & l. seq. C. eod.* Nemo vero putet, si testator filio, quem in potestate habet, aut habuit, præterito, quartam partem, verbi causa, legaverit, prohiberi constitutione Justiniani testamentum nullum dicere, aut bonorum possessionem contra tabulas accipere: nam ad ea tantum patrum testamenta constitutio pertinet, quibus filii in potestate constituti aut emancipati legitime exhæredati sunt, ut alio remedio attentari aut infirmari non possunt, quam subsidiario querelæ, *§. 2. præc.*

Ad quartam legitimæ partis) Legitimam partem hic vocat totam illam portionem, quæ jure legitimæ successionis ex bonis defuncti liberis, parentibus, fratribus debetur. Plerumque tamen ipsa quarta, ad quam in proposito repletionem fieri vult, legitima dicitur, item debita portio & debitum bonorum subsidium, *l.8. §. unde 11. h. t. leg. 6. C. de inoff.don.* Græcis τὸ νόμιμον μέρος. (2) Atque adhuc hodie quarta passim appellatur, nimirum quia jure antiquo quarta pars fuit ejus, quam dixi; portionis, scilicet quæ ad eum, qui queritur, perventura fuisset, si paterfam. intestatus decessisset, *leg. 8. §. si quis mortis, 6. eod.* Quo primum tempore aut qua lege modus hujus portionis sic definitus sit,

sit, non liquet. Justinianus quantitatem auxit in liberis, proque quarta substituit tertiam, in liberis pluribus quatuor etiam semiuem. *Nov.* 18. quod argumentum etiam ad parentum legitimam ratione trientis pertinere statuunt communiter DD. hic & in *auth. novissima*, *C. h.* t. Grass. §. *legitima q.* 9. & Magister apud Harmen. *lib.* 5. *tit.* 9. §. 14. Nonnulli etiam ad fratres totum incrementum proportionaliter porrigunt, quos sequitur Fachin. 4. *contr.* 28. quamquam neutrum horum aut inscriptioni tituli, aut præfationi constitutionis, aut rationi constituentis mentive conveniet neque temere, admittenda videtur extensio; cum utique major sit ratio liberorum. Neque vero verbis generalibus, quibus clauditur c. 1. *d. Nov.* 18. comprehenduntur parentes & fratres, sed diversæ liberorum personæ designantur, videlicet filii, nepotes, pronepotes, posthumi omnes, tum in paterna, tum in materna linea, adeoque in hac etiam liberi naturales, uti titulus aperte significat, & bene observavit Vaudus *lib.* 1. *var. qu.* 50. (3) Usus tamen augmentum admisit in parentibus. Porro hæc constitutio Justiniani occasionem DD. dedit quærendi, utrum quemadmodum legitima augeri & minui lege civili potest, ita possit & in totum tolli? Vulgo sic censet, liberorum & parentum legitimam mutari tantum posse, tolli non item; fratrum posse & tolli: utunturque hoc argumento, quod liberis & parentibus legitima debeatur jure naturæ, & fratribus ex sola dispositione juris civilis. Mynsing. *observ.* 43. & 6. *obs.* 44. Gail. 2. *obs.* 222. Covarr. in 4. *decret.* p. 2. c. 8. §. 6. n. 5. Grass. §. *legitima q.* 2. Chifflet. *de port. leg.* c. 3. Schnneid. *Juen.* 10. Sed primum insubtile est, quod quæstionem proponunt de ipsa legitima; siquidem quod legitima proprie & formaliter dicitur, nempe certe illa & definita quantitas, cum sit ex jure civili, eodem jure quoque tolli potest, id est, sanciri, ut nomine legitimæ non amplius talis portio, sed alia veniat: ideoque potius de jure succedendi in universum quærendum fuerat. Quod etiam ipsos sensisse existimo, sive, quod res ipsa ostendit, cum legitimam ajunt humanis legibus tolli non posse, id sic capiendum est, quatenus in legitima insunt alimenta necessaria. Nam utique quod supra est, tolli potest, non repugnante natura. Deinde male in proposito parentes liberis exæquant. Tota igitur disputatio & quæstio huc redit, an lege civili effici possit, ut ne liberi parentibus, parentes liberis, fratres fratribus succedant; idque duobus modis intelligi potest: primo, num effici possit, ut non succedant omnino, id est, etsi quis ex his personis intestatus decesserit; secundo, an posito, quod ab intestato succedat, a successione ista excludi possit per exhæredationem, aut præteritionem. In utroque autem alia liberorum, alia parentum & fratrum ratio est. Et ad primum quod attinet, perspicue palam est, liberis naturæ lege parentum deberi hæreditatem. *Ratio naturalis*, inquit Paulus Jurisconsultus, *quasi lex quædam tacita liberis parentum hæreditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocando*, *l.* 7. *de bon. damn.* Cui simile est, quod Plutarchus in libello elegantissimo de prolis amore scriptum reliquit, liberos hæreditatem ut sibi debitam, ὡς ὀφείλημα, expectare. *Sanguinis honorem relinquit*, ait Val. Maximus de Q. Hortensio, qui filiam sibi minus probatam hæredem scripserat *l.* 5. *c.* 9. Papinianus in *l.* 7. *in fin. unde lib.* scribit, liberis parentum hæreditatem deberi *propter naturæ simul & parentum commune votum*; id est, liberos sequi hæreditatem partim ob præcisum debitum naturale, partim ex conjectura naturali, qua parentes creduntur id velle, ut liberis quam optime prospectum sit; nimirum creduntur parentes liberis, ut corporis sui partibus, non tantum de necessariis, sed & de his, quæ ad vitam suavius honestiusque transigendam pertinet, quam ubertime voluisse prospectum. Quæ cum ita sint, lex civilis efficere non potest, ut liberi in totum & simpliciter a successione parentum excludantur. Cæterum non est iniquum, ut hic tribuatur aliquid rationi civili & studio familiarum conservandarum, ac propterea aliis potiore conditione in successione censeantur, & masculi fœminis, agnati liberis emancipatis, & liberis in successione matris anteponantur, dum ne liberi frandentur necessariis alimentis, quæ præcise natura debentur. Parentes vero, quos ad bona liberorum non naturæ & liberorum commune votum, sed sola ratio miserationis admittit, *d. l.* 7. *in fin. unde lib.* 15. *in princ. de inoff. test.* facilius excludi possunt. Nam & ante Senatusconsultum Tertullianum mater non admittebatur, & post id Senatusconsultum eam excludebant fratres consanguinei, & parentibus omnibus aliquando fratres prælati, non consanguinei tantum, verum etiam uterini, *l.* 4. *C. de bon. quæ lib.* *l.* 2. *C. ad Senatusc. Tertull.* Et apud nos in parte Hollandiæ australi, altero parente mortuo, parens superstes excluditur a socdessione liberorum a cognatis per defunctum parentem, juxta illud, quod vulgo dici solet, *Paterna paternis, materna maternis*. Similiter & fratres removeri successione possunt, admissis aliis, sicut pater olim non tantum ut manumissor, sed etiam ut pater, in successione filii emancipati fratribus prælatus fuit: qua de re uberius agemus *infr. lib.* 3. *tit.* 1. & 3. *seqq.* De altero sic censeo, posse tale jus constitui, ut parentes & fratres, quamvis ad successionem ab intestato vocentur, impune præteriri aut summoveri possint, neque necesse esse, his aliquid pro legitima aut in alimenta relinquere, nisi lex aliqua humana id jubeat: quippe cum hæc non sic parentibus & fratribus, uti liberis, debeantur; sed tantum ratione officii & commendatione pietatis. Neque verum est, quod post DD. vulg. Mynsing. 6. *obs.* 44. asserit, parentem legitimam ita causam habere radicatam in jure naturali, ut lege humana tolli nequeat Liberorum vero legitima civili lege in totum tolli nequit, hoc est, jus civile efficere non potest, ut liceat parentibus liberos suos sine justa causa a tota sua successione repellere, ad quam lex naturalis quasi debitam, & quidem præcise ratione alimentorum, eos vocat, *argum. d. leg.* 7. *de bon. damn.* junct. *l.* 7. *de injust. & jur.* ad Osvva d. Hiling. *in lib.* 19. *comment.* Donell. *cap.* 4. & *ibi alleg.* Paul. Bas. *ad l.* 8. §. *si quis mortis*, *n.* 1. & *seqq. hoc tit.* Grot. 2. *de jur. bell. & pac. cap.* 7. *n.* 4. & *seqq.*

(4) *Repleatur*) Qua vero actione repletio ejus quod deest petatur, utrum actione ex testamento, an aliqua alia, puta petitione hæreditatis aut judicio familiæ erciscundæ, aut potius condictione ex lege Justininni? Et siquidem filium ponimus exhæredatum, adscripto legato, certum est actionem familiæ erciscundæ aut petitionem hæreditatis huic competere non posse. Probabiliter autem defendi potest, agi posse ex testamento, & quod deest tamquam legatum peti, maxime si testator id suppleri jusserit: quamquam, etsi nihil dixerit, idem probari potest; quasi id potius voluerit, quam testamentum rescindi. At si institutus sit filius, quod ad excludendam querelam hodie necessarium esse docebimus. §. *ultim. infr. eod.* hic si ex parte aliqua hæredi-

reditatis institutus sit, poterit & petitione hæreditatis & judicio familiæ erciscundæ nomine supplementi experiri, quia scilicet pro parte hæres est: sin institutus sit in re certa, quod eodem loco ostendemus nunc sufficere ad excludendam querelam, hic non videtur locus esse judicio petitionis hæreditatis aut familiæ erciscundæ, sed tantum actioni ex testamento; quoniam qui certæ rei hæres scriptus est, dato cohærede, legatarii loco habetur, *leg.* 13. *C. de hæred. instit.* Cæterum dubitationis omnis tollendæ causa, tutius fortassis erit admittere condictionem ex lege. Quod etiam crebrius placuit. Vulgo condictionem hanc actionem ad supplementum vocant, notantque triplicem inter eam & querelam de inofficioso, differentiam. Prima est, quod querela taciturnitate quinquennii ab adita hæreditate computandi extinguitur, *l.* 8. §. *ult. & leg. seq. h. t. l.* 16. *l. si quis*, 34. *l. pen.* §. 2. *C. eod.* Hæc actio sive condictio ex lege, ut favorabilis, perpetua est, id est, durat annos triginta; qui terminus est actionum omnium in personam, *l.* 3. *C. de præsc.* 30. *ann. dec.* 3. *Cur. Hollan.* Altera quod querela (quippe quæ instar est actionis injuriarum, *l.* 7. *in princ. h. t.*) excepto casu *d. l. si quis*, 34. *C. eod.* in hæredem non trasmittitur nisi præparata; actio hæc etiam non præparata transeat. Tertia, quod qui agnoscit, quod sibi testamento relictum est, querelæ renuntiasse intelligitur, *leg.* 10. *leg.* 12. *in princ. eod.* non autem huic actioni ad supplementum, *leg. si quando* §. 2. *Cod. eodem*. Primam differentiam non admisit Bartholus, sed reliqui omnes admiserunt, testibus Viglio, Mynsing. Wesemb. *hic*. Gail. *lib.* 2. *observ.* 120.

T E X T U S.

Si tutor, cui nihil a patre relictum, pupilli nomine legatum acceperit.

4. *Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit; cum nihil erat ipsi tutori relictum a patre suo, nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere.*

N O T Æ.

4. *Si tutor, &c. legatum acceperit*) Repellitur ab inofficiosi querela, qui exhæredatus legatum ex testamento percepit, aut petenti advocationem præbuit. Agnovisse enim judicium defuncti videtur, *l.* 8. §. 10. *l.* 10. §. 1. *l.* 12. *l. ult. eod. l.* 8. §. 1. *Cod. eod.* Tutorem autem necessitas officii excusare debet, qui id totum alii administravit *d. l.* 10. §. 1. *l.* 22. *de his quæ ut indign.*

T E X T U S.

Si de inofficioso nomine pupilli agens succubuerit.

5. *Sed si e contrario, pupilli nomine, cui relictum fuerat, de inofficioso egerit, & superatus est; ipse tutor, quod sibi in testamento eodem legatum relictum est, non amittit.*

N O T Æ.

5. *Sed si e contrario*) Qui voluntatem, defuncti sive suo sive alieno nomine dicit inofficiosam legatum sibi relictum perdit: impugnavit enim judicium defuncti, *leg.* 8. §. 14. *hoc tit.* Sed necessitas officii & fides tutoris hic etiam excusat *l* 30. §. 1. *eod.* Qui negat testamentum patris jure factum esse, non intelligitur judicium impugnare, & ideo retinet defuncti voluntatem, *lex* 24. *de his quæ ut ind.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Effecta agnitionis & oppugnationis judicii defuncti.*
2. *Hæc effecta ad eos non pertinere, qui ex necessitate officii alieno nomine agnoscunt aut impugnant.*
3. *Collatio juris veteris & novi, atque in hac parte differentia.*

QUi judicium defuncti agnoscit, puta, hoc sibi datum est, percipiendo, hoc ipso testamentum comprobare intelligitur, & querelæ renunciare, *l.* 8. §. *si conditioni*, 10. *l.* 10. §. 1. *l.* 12. *l. si ponas*, 23. §. 1. *leg. pen.* §. 3. & 4. *l. ult. hoc tit. leg.* 8. §. 1. *C. eod. l.* 5. *in princ. de his quæ ut indign.* Atque ex contrario, qui voluntatem defuncti impugnat ut inofficiosam, is legatum sibi relictum perdit, & id fisco vindicatur, quasi indigno ablatum, *d. l. meminisse*, 14. Nec interest, utrum quis nomine proprio judicium agnoverit, inofficiosumve dixerit, an alieno, dummodo id fecerit sponte, nec ulla necessitate officii cogente, velut si advocationem præbuerit, *d. l. ult. in princ.* Cui non obstat, quod filius patroni, qui advocationem accusatori liberti præstitit, non repellatur a bonorum possessione liberti; *leg. qui cum*, 14. §. *si patroni*, 9. *de bon. libert.* Nam jus bonorum possessionis liberti, quod patrono & liberis ejus ex edicto competit, non aliter patronus aut liberi ejus amittunt, quam si ipsi liberum accusaverint. (1) Quod intelligitur ex ratione, qua Jurisconsultus dicto loco utitur; *neque enim*, inquit, *advocatus accusat*. Legatum vero amittit advocatus exhæredati, non quia accusare testamentum intelligitur, sed quia accusationem opera juvando intelligitur improbare judicium defuncti, quod satis esse visum est ad amissionem legati advocato relicti ab eo, quem furoris arguit. Cur vero non similiter placeat, eum, qui legatum accepit, non admitti ad arguendum testamentum falsum, aut non jure factum, & qui non jure factum contendit, nec obtinuit, non repellatur ab eo quod meruit? *leg.* 5. *in pr.* & §. 1. *de his quæ ut indign.* Hanc rationem reddit Papinian. *leg. si testamentum*, 24. *eod tit.* quoniam qui testamentum jure factum negat, de jure disputat, non impugnat, aut accusat judicium. VINN. Sed hæc recte intelligenda. *Qui testamentum jure factum negat, de jure disputat*, an scilicet ea sint observata solemnia, quæ jus exigit, *non autem impugnat judicium*, eo colore, quod testator fuerit emotæ mentis, adeoque nec ulla injuria adficit defunctum, quemadmodum ille, qui inofficiosi instituit querelam. (2) HEIN. Quod si quis ex necessitate officii, ea quæ diximus, fecerit nomine alieno, excusatus est. Exemplum hoc §. proponitur in tutore: sed ad omnes hoc pertinet, qui ex officio alios defendere, aut egentes consilio & opera sub juvare tenentur; ac proinde etiam ad advocatum, cui clientis causam agere publice impositum, *arg. d. l.* 5. §. *advocatum*, 23. *de his quæ ut indign.* Sive igitur tutor, cum ipse exhæredatus esset a patre, legatum petierit an perceperit ex testamento nomine pupilli, cujus tutelam gerit, sive a contrario pupilli exhæredati nomine de inofficioso egerit, & victus sit, neque hoc casu, quod ad se atti-

attinet testamentum improbasse, neque illo probasse intelligitur, sed hæc fecisse ex necessitate officii & fide, quæ excusata esse debet: ac proinde illo casu non prohiberi suo nomine de inofficioso agere; hoc casu legatum sibi relictum petere, *l. adversus*, 30. §. 1. *h. tit. l. tutorem*, 22. *de his, quæ ut indign.* Similis priori casus est in *leg. cum quædam*, 26. *C. de adm. tut.* Porro autem quod ante diximus, agnitionis judicii defuncti hanc vim esse, ut querela amittatur, hoc etiam pertinet ad petitionem reliqui. Sed tenor juris antiqui novis subinde constitutionibus mutatus est. Quod miror neminem interpretum hoc loco adnotasse. Olim quacumque in re judicio defuncti agnito & querela amittebatur, & jus petendi reliqui, non solum in hæredis institutione, sed etiam in legato, sive id tamquam sibi legatum exhæredatus peteret, sive relictum alii, illius nomine, peteret defenderetve, sibi relictum a legatario acciperet, aut etiam aliquid caperet mortis causa: nec referebat, per se caperet, an per alium, per textus *supra alleg.* Constitutionibus Justiniani nihil quidem mutatum in institutione hæredis, sed si is, qui queri potest, hæredem scriptum pro hærede agnoverit, puta res hæreditarias ab hærede emendo, conducendove, aut solvendo quod defuncto debuit; cujus generis item est, si quid conditionis implendæ causa ab hærede acceperit: (quibus omnibus factis hæres scriptus pro hærede agnoscitur, *l.* 8. §. *si conditioni*, 10. *l. si ponas*, 23. §. 1. *hoc tit.*) querelam & jus petendi, quod sibi relictum, aut quod reliquum est, perinde amittit, ut jure antiquo. In legato vero prioribus Justiniani constitutionibus juris vetus hactenus immutatum, ut quicumque alias queri potuissent, hoc ipso excludantur, quod legatum illis relictum sit, quamvis illud non agnoverint: cæterum accepto eo, quod relictum est, ad supplementum ejus, quod legitimæ deest, agere possunt, *leg. omnimodo*, 30. *cum seq. Codice eod.* Itaque jam non agnitio legati, sed ipsum legatum querelam excludebat. Novissimo autem jure ad excludendos a querela liberos & parentes iterum agnitio legati desiderari cœpit, si nihil iis titulo institutionis relictum esset, salva tamen, si quid debitæ portioni deesset, actione ad supplementum, *Novell.* 115. *cap.* 5. D. Tuldenus *hic cap.* 1. *&* 6. Ut igitur semel complectar omnem juris veteris & novi in hac parte differentiam, triplex discrimen observatur. Primum hoc est. Olim si minus legitima relictum esset, licebat repudiato legato agere de inofficioso: hodie non licet, sed legato admisso, agitur ad suppletionem. Secundum est. Olim agnitio legati etiam rei minime excludebat non tantum querelam, sed omnem etiam petitionem reliqui: hodie ita querelam excludit, ut salva maneat ejus, quod legitimæ deest, petitio: nisi agnoscens profiteatur, se relicto contentum, de reliquo quæstionem remittere, *leg. si quando*, 35. §. *penult. & ultim. Cod. eod.* Postremum est. Olim qui rogatus erat legatum alteri restituere, non prohibebatur eo agnito & restituto de inofficioso queri: hodie quiescente querela, id onus subducitur, proinde quasi ad modum legitimæ nec restituere jussus sit, *l.* 10. *in fin. hoc. tit.* junct. *leg. quoniam*, 32. *Cod. eod.* Quod si quis in eo, quod alteri relictum erat, voluntatem defuncti approbasset, puta advocationem præstando, aut aliis modis, placebat olim cessare querelam, quasi judicio defuncti etiam in institutione comprobato: quippe qua sublata, ut tunc jus erat, cætera quoque corruebant, *l. pen.* §. 3. *leg. ultim. in princ. &* §. 1. *hoc tit.* junct. *leg.* 9. *de testam. tut. leg. eam quam*, 14. *C. de fideicomm.* Verum commutata est ratio juris, posteaquam placuit, rescisso quoad institutionem testamento, legata posse consistere, *auth. ex caus. C. de lib. præt.* Hoc enim jure posito, dicendum omnino videtur, sola legati, quod alii relictum est, agnitione non comprobari institutionem hæredis, *arg. l.* 10. *C. de probat.* ac proinde non prohiberi eum, qui in alieno legato judicium agnovit, de inofficioso suo nomine queri, ut bene disputat Donell. 19. *comm.* 6.

TEXTUS.

De quarta legitimæ partis.

6. *Igitur quartam quis debet habere ut de inofficioso agere non possit, sive jure hæreditario, sive jure legati vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos in iis tantummodo casibus, quorum mentionem nostra facit constitutio, vel aliis modis, qui in nostris constitutionibus continentur. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est, ut sive unus fuerit, sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, ut ea pro rata eis distribuatur, id est, pro virili portione quarta.*

NOTÆ.

6. *Quartam quis debet habere*) Id est, portionem legitimam, quæ olim erat quartæ debitæ ab intestato portionis, *l.* 8. §. 8. *eod.* Justinianus quantitatem auxit, substituto pro quarta triente: in liberis, pluribus, quam quatuor, semisse, *Nov.* 18. qua constitutione & parentum quoque legitimam ad trientem auctam censet Magister apud Harmen. *lib.* 15. *tit.* 9. §. 14. Theodorus Diaconus auctam ἐν ἐπὶ ἀδελφοῖς, *arg. c.* 2. *d. Nov.* 18.

Sive jure legati, &c.) Novissimo autem jure, ut testamentum ab omni impugnatione tutum sit, necesse est ut boni liberi & parentes honorentur titulo hæredis, *Nov.* 115. *cap.* 3. 4. 5. Unde vulgo ajunt, legitimam titulo institutionis esse relinquendam, in qua sententia & Græci ad *leg.* 8. *hoc tit.* Sufficit autem vel in particula aliqua assis vel etiam in re certa institutos esse, & si quid ad portionem legitimam deerit, id querela cessante condicetur actione suppletoria, *d.* §. 1.

Iis tantummodo casibus) Cuj. huc trahit duos casus, *l. pen.* §. 1. *C. de collat.* sed ex vitiosa, ut Bachovio videtur, collectione. Constitutio est *l.* 30. *C. h. tit.*

In nostris constitutionibus) Non extant. Et forte nostris ineptitium est, fac. *l.* 17. *C. de collat.* junct. *l.* 29. *C. h. tit.* quarum altera Leonis, altera Zenonis est.

Pro virili portione quarta) Hodie tertia, aut dimidia pro numero liberorum, *Nov.* 18. Igitur si verbi causa duo sint liberi, singulorum portio legitima erunt duæ unciæ: si sex, uncia.

COMMENTARIUS.

1 *Refellitur insignis quorumdam error.*
2 *Jure Digest. & C. querelæ locum non potuisse, legitimo quocumque titulo relicto.*
3 *Jus novum a veteri discrepare in casu, quo quid inter vivos donatum est ea contemplatione, ut in quartam habeatur.*
4 *Jure novissimo legitimam titulo institutionis relinquendam; & quomodo hoc accipiendum?*

5. Quid

5 *Quod intersit, titulo institutionis legitima relinquatur, an quo alio?*

INtolerabilis eorum error est, qui ex hoc §. colligunt, filium etiam non legitime exhæredatum, modo ei quocumque titulo legitima relicta esset, jure antiquo queri debuisse de inofficioso, nec alio jure ad bona patris venire potuisse. Quid enim certius, quam præterito filio, qui erat in potestate, testamentum ipso jure nullum fuisse; emancipato præterito datam bonorum possessionem contra tabulas? Nec eo minus pro præterito habebatur, testamentumve nullum erat, aut per bonorum possessionem everti poterat, quod quanta debitæ portionis, aut etiam multo amplius præterito legatum fuerat. Nam utrum filius præteritus esset, necne, non ex legati datione, sed ex institutione aut exhæredatione æstimabatur, omnesque præteriti censebantur, qui neque hæredes instituti erant, neque ut oportet, exhæredati, §. *eadem*, 22. *infr. de hær. quæ int.* Itaque quod Ulpian. *tit.* in *leg.* 8. *si quis*, 6. *h. tit.* secure eum testari, qui mortis causa filio quartam donavit, non hic accipiendum est, posse patrem isto casu secure filium præterire, sed posse secure exhæredare, hoc effectu, ut & testamentum jure consistat, nec per querelam rescindatur. Atque ex hoc jure nihil mutavit Justinianus: tota enim hæc disputatio, ut apparet, pertinet ad liberos, quibus jure civili et prætorio a patris hæreditate exclusis unicum remedium superest, querela inofficiosi; ac proinde non ad alios respectu patris, quam qui legitime exhæredati sunt: matris enim & per matrem adscendentium præteritio pro exhæredatione reputatur, ut sæpe dictum est.

Sive jure hæreditario, sive jure legati, &c.) In explicatione hujus tituli excusata esse debet ejusdem rei inculcatio. Jure veteri, liberis exhæredatis aut præteritis, non tam ideo querela dabatur, quia exhæredati aut præteriti erant, quam quod per præteritionem aut exhæredationem privati quarta seu legitima portione. Ea autem relicta, ut nulla amplius censebatur iniquitas, ita cessabat querela, manebat efficax exhæredatio & firmum testamentum. Cui erat consequens, ut querela excluderetur, non tantum si quarta relicta foret titulo hæreditario, sed etiam si titulo legati aut fideicommissi. Et quia mortis causa donationes legatorum instar obtinent, *leg. & si*, 17. *in fin. de mort. caus. don. supr. de donat.* §. 1. placebat etiam, si quis ei, qui queri poterat, quartam mortis causa dedisset, eum secure testari, *d. leg.* 8. §. *si quis*, 6. quod jus in codice suo, item *Nov.* 18. *cap.* 1. unde *aut novis. C. h. tit.* Justinianus integrum reliquit: novissime vero ab eo recessit *Nov.* 115. *cap.* 3. & 4. Cæterum de eo plura inferius.

Vel inter vivos iis tantummodo casibus, &c.) Si quid inter vivos simpliciter donatum fuerat, etiamsi quartam adæquaret, per hoc non excludebatur querela; contra vero si hac contemplatione datum erat, ut in quartam haberetur, *l. si non mortis*, 25. *h. tit.* Hoc abrogavit Justinianus ea constitutione, cujus hic meminit, nimirum *l. si quando*, 35. §. 1. *C. eod.* Sanxit enim, ut si quid liberis a patre inter vivos donatum sit, etsi ea lege ut hoc in quartam reputent, atque adeo ut renuntient querelæ, & renuntiaverint, nisi tamen patris judicium post mortem ejus agnoverint, aut cum scriptis hæredibus transegerint, manere nihilominus jus integrum testamentum patris arguendi, nec pactum cum patre factum nocere liberis, qui ex sententia Papiniani meritis magis ad obsequia paterna provocandi, quam pactionibus adstringendi sunt. D. Cujac. putat, intelligi, *l. penult.* §. 1. *C. de collat.* ubi Justinianus sancit, ut duobus casibus donatio simplex in collationem veniat; si ea lege a patre facta sit, ut conferatur; si facta sit in compensationem dotis aut donationis propter nuptias, quam unus e liberis accepit: ex quo colligit Cujacius, donationem inter vivos duobus istis casibus in quartam imputari. Sed vitiosa omnino est hæc collectio, atque e diametro pugnat cum *d. leg. si quando*, 35. §. 1. *Cod. h. tit.* Ac tametsi verum est, omnia, quæ in quartam imputantur, in collationem venire: non idcirco tamen e converso quæcumque veniunt in collationem, computantur in quartam, quod perspicue ostendit *d. l. pen. in princ. C. de col.* ut adeo ead. l. quam Cujacius adducit refellatur ipsius collectio. Et nimirum collatio facilius admissa est, ut æqualitas inter liberos in successione ab intestato servaretur, quam filii exhæredati exclusio a querela: quem ob casum Justinianus expresse noluit per donationem inter vivos, licet ea conditione factam ut in quartam computaretur, filium a querela excludi, nisi judicium patris post obitum ejus agnovisset, *dict. leg. si quando*, 35. §. 1. & 2. *Cod. h. tit.*

Vel aliis modis, qui in nostris constitutionibus) Hæ constitutiones fortassis priori Codici insertæ fuerunt: in posteriore enim, quem solum habemus, nulla Justiniani reperitur constitutio, quæ huc pertineat: nisi dicimus, verbum *nostris* irreptitium esse & delendum. Sane Cujac. & Hotomann. id non agnoscunt, & a plurimis libris abesse testatur Pacius. Fac igitur hic ita scriptum esse, *aliis modis qui constitutionibus continentur*. Quinam ergo isti modi sunt præter legatum, fideicommissum, & donationem mortis causa, quibus liberi quarta a parentibus accepta constitutionibus a querela repelluntur? Dos & donatio propter nuptias, quam utramque cum Leo conferri a liberis jussisset, *l. ut liberis*, 17. *C. de coll.* utramque etiam in quartam imputari præcepit Zeno, *l. quoniam*, 29. *C. h. t.* Novissimo jure, ut supra memini, tota hæc ratio mutata est. Nam ex *Nov.* 115. *c.* 3. & 4. non sufficit ad excludendos a querela liberos & parentes, legitimam eis quovis titulo relictam esse: sed ut testamento ab omni oppugnatione tutum sit, necesse est, ut boni liberi & parentes honorentur titulo hæredis; ut jam non tam quæratur, an legitimam habeant, quam an instituti sint, aut juste a successione summoti. Patet hoc primum ex *d. Nov. cap.* 3. ubi Justinianus expressissimis verbis sancit, non licere penitus parentibus liberos suos præterire vel exhæredes facere, nec si quovis titulo particulari eis reliquerint legibus debitam portionem. Deinde ex *c.* 5. *ejusdem Nov.* ubi testatur, hanc suæ serenitatis intentionem esse, ut a liberis & parentibus injuriam exhæredationis & præteritionis auferat. Atqui non aufertur illa injuria: sed manet adhuc, si adhuc liceat immerentes liberos, & parentes exhæredare aut præterire, etiam si eis legitima titulo aliquo particulari relinquatur. Tunc solum nulla injuria manet, si aut instituantur, aut meritis de causis exhæredentur: unde DD. vulgo ajunt, legitimam hodie titulo institutionis esse relinquendam, Clar. §. *testamentum quæst.* 38. Grass. §. *legitima*, *quæst.* 32. At enim vero necesse non est, ut institutio fiat in universa legitima, sed sufficit vel in particula aliqua assis, vel etiam ex rebus certis hæredes nuncupatos esse, aut institutos simpliciter, jussosque certis rebus esse contentos: quibus casibus, etsi minus relictum portione legiti-

ma, cessat tamen querela, & compecit actio ad supplementum: quod si quid aliud insuper relictum, id in legitimam imputatur secundum priores Justiniani constitutiones: *dict. c. 5. l. omnimodo 30. cum seq. C. h. tit.* cum contra jure veteri etiam institutus queri non prohiberetur, si ex institutione totam legitimam non obtineret, ut supr. notatum ad §. 3. At, inquies, hoc posito aberravit Justinianus a scopo suo. Nam ex vera ratione juris*, atque ipsius etiam constitutione Justiniani, qui certæ rei hæres institutus est, dat aliis cohæredibus, aut qui simpliciter institutus jussus est, certis rebus deductis, hæreditatem restituere, non hæredis, sed legatarii loco habetur, nullasque actiones hæreditarias aut exercet, aut excipit, *l. 13. Codice de hæred. inst. §. si quis 9. infr. de fideicomm. hæred.* Jam vero si nihil refert, legatum alicui detur, an in re certa hæres instituatur addito vero hærede, nec magis hoc, quam illo modo fiat, ut hæres sit: falso Justinianus suis existimat, injuriam præteritionis aut exhæredationis tolli; si modo hæres qui nuncupetur vel ex re certa, vel simpliciter & certis rebus deductis, cogetur hæreditatem restituere. Nam si hæres non fit, si nihil amplius ea res efficit, quam si legatum accepisset, certe pro præterito habendus erit, quomodo ratiocinatur & Glossa *in leg. si quis priores 29. ad Treb.* Ex quo etiam sequitur, inane esse, sine re atque effectu, quod jactatur de honorifico titulo institutionis. Et fatendum est, hoc poscere rationem juris, atque oportuisse, si revera splendidiore ac latiore titulo officiosos liberos ac parentes decorari volumus, constitui, ut saltem in parte aliqua assis hæreditarii licet minima, vel utique in ipsa legitima, quam pro triente, semisse, aut quadrante nihil accipi vetat, hæredes instituantur. Sed tamen Justinianus hoc non exigit, cui visum est, satis tolli injuriam præteritionis per solam hæredis nuncupationem, eumque, qui vel in re certa institutus esse, justam causam non habere conquerendi se esse præteritum: quod ne videatur sine ullo juris effectu constitutum, defendi potest cum Sichard. post Bart. Jason. & DD. *in leg. 13. Cod. de hæred. instit.* eum, qui in re certa institutus est, mixtæ cujusdam conditionis & naturæ esse, mediæque inter hæredem & legatarium: unde & hæredis nomen retineat, & rem, in qua institutus est, propria auctoritate apprehendere possit: quodque præcipuum est, jus etiam accrescendi habeat, hoc est, deficiente cohærede simpliciter instituto, ipse universam hæreditatem solus consequatur, perinde ac si ab initio solus ex re certa institutus esset; licet aliud videatur Ant. Fab. *decis. 15. err. 5.* D. Corn. Svanuenb. *tractat. de jur. acerb. cap. 8.* Bartolus *dict. loc.* ait, in re certa institutum, rei istius respectu, pro legatario censeri, respectu personæ ipsius, pro hærede; quod satis Justiniano visum ad eum excludendum a querela. Vid. Sichard. *d. leg. n. 3.* Gudel. *lib. 2. de jur. noviss. cap. 7. dict. decis. 7. cur. Holland.* Graff. *§. hæreditas quæst. 8. num. 3.* Decker. *lib. 1. dissert. 8. num. 21.* Christ. *vol. 4. decis. 11. n. 5. & vol. 2. decis. 170.* Bachov. *vol. 2. disp. 12. thes. 1.*

Ut ea pro rata distribuatur) Itaque si unus sit filius, is habere debet quartam partem totius substantiæ, id est, tres uncias: si duo, singuli sescunciam, & sic porro, ut virilis singulorum portio sit quarta ejus partis, quam ab intestato habituri essent, *l. 8. si quis 6. & §. quoniam 8. h. tit.* Jure autem novissimo ex *Nov. 18. c. 1.* si unus sit filius, is tertiam totorum bonorum partem habere debet, id est, uncias quatuor, si duo, singuli unicas duas: & si ita deinceps ut virilis singulorum portio sit triens illius partis, quam ab intestato laturi fuerant. Si vero plures sint liberi, quam quatuor, semis omnibus relinquendus, id est, dimidia ejus partis, quæ jure legitimæ successionis debetur. Quare si verbi causa sex erunt liberi, legitima singulorum erit uncia.

TITULUS DECIMUSNONUS.

DE HÆREDUM QUALITATE, ET DIFFERENTIA.

Dig. Lib. 29. Tit. 11. Cod. Lib. 6. Tit. 31.

Continuatio, & argumentum tituli.

SI testamentum ab initio recte factum fuerit, neque postea infirmatum, secundum ea, quæ superioribus titulis exposita sunt, incipit post mortem testatoris deferri testamento hæreditas, ut jam ad acquisitionem ejus nihil supersit præter susceptionem: quæ ex duabus partibus, quibus acquisitionem hæreditatis constare diximus, sub *§. ult. supr. per quas pers. cui acquir.* altera est. Quamvis autem eadem sit ratio acquirendæ hæreditatis ab intestato delatæ, atque ex testamento; tamen cum differuisset Imperator de deferenda hæreditate ex testamento, partem alteram, quæ est de delata acquirenda, divellere noluit, licetque hinc petere, quod illo pertinet. Sunt autem duo hujus tituli capita, quorum alterum inscriptio indicat; alterum est de acquirenda vel omittenda hæreditate. Posterius cognitio a priori dependet. Nam cum varia sit hæreditatis acquisitio, eam varietatem efficit diversa qualitas & conditio hæredum. Quamobrem recte primum indicantur genera & differentia hæredum, deinde demum disputatur de acquirenda vel omittenda hæreditate.

TEXTUS.

Divisio hæredum.

Hæredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui & necessarii, aut extranei.

COMMENTARIUS.

1. *In his regionibus hæredes omnes esse voluntarios.*

TRimembris hæc hæredum divisio ex duabus bimembribus conflata est, more nostris usitatos. Sic autem revocabitur, ut dicamus, hæredum alios esse necessarios, alios voluntarios; & illorum alios necessarios simpliciter, alios necessarios & suos. Rectius vero necessariis hæredibus opponimus voluntarios, quam extraneos, *argum. l. 12. de condit. inst. l. 15. & seq. de acquir. hæred. l. 3. §. 3. de hær. inst.* quippe extranei ad distinctionem suorum magis dicuntur, non considerata in eis necessitate, *l. si alienum 49. § de hær. inst. l. 6. in princ. de injust. rupt. l. 6. de vent. in poss. mitt. §. cum autem 7. inf. de hæred. quæ ab init. §. posthumo 26. tit. seq.* Est autem hæc distributio ex jure civili; nam Prætor suos hæredes ex necessariis vi ipsa fecit voluntarios, dato beneficio ab-

abstinendi; §. 2. *inst. in fin.* In hisce regionibus præter voluntarios hæredes alios nullos agnoscimus: non necessarios, quia neque servos habemus, nec habemus filios cum servili illa qualitate: quippe quæ effectus est veteris illius juris patrii dominico similis, apud nos, ut sæpe dictum est, incogniti. Non suos, quia sine fictione dominii rerum paternarum, ejusque post mortem patris continuatione in persona filii, suitas intelligi non potest; cujusmodi Romani juris subtilitates nostræ gentis simplicitas respuit.

TEXTUS.

De hæredibus necessariis.

1. *Necessarius hæres est servus hæres institutus: ideoque sic appellatur, quia sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus liber & necessarius hæres fit. Unde qui facultates suas suspectas habent, solent servum suum primo aut secundo, aut etiam ulteriore gradu hæredem instituere: ut si creditoribus satis non fiat, potius ejus hæredis bona, quam ipsius testatoris, a creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum præstatur, ut ea quæ post mortem patroni sui sibi acquisierit, nisi reserventur. Et quamvis bona defuncti non sufficiant creditoribus, iterum tamen ex ea causa res ejus, quas sibi acquisierit, non veneunt.*

NOTÆ.

1. *Pro hoc tamen incommodo*) Pro aspersione hujus notæ, quod bona ipsius nomine a creditoribus possideantur, vel distrahantur.

Illud ei commodum præstatur) Μισθὸς τῆς τοιαύτης ὕβρεως merces hujus injuriæ. Theoph.

Ex ea causa res ejus) Cujac. Fabrot. *ex alia causa quas sibi res acquisivit*, & ita quo Theoph. VINN. Sed nihil tamen mutandum. Ostendit enim Justinianus servum factum hæredem necessarium, melioris esse conditionis quam eum, qui bonis cessit, *non posse* enim *ex ea causa res ejus qui sibi* postea aliunde *acquisivit*, *venire*, quod fieri potest, si qui bonis cessit, ad meliorem fortunam pervenerit, salvo licet beneficio competentiæ, *l. 4. l. 6. l. 7. ff. de cess. bon.* HEIN.

COMMENTARIUS.

NEcessarius hæres est servus, &c.) Necessitatis hujus causa est dominica potestas. Cur enim non liceret hæredem necessarium facere, quem licebat occidere? *argument. leg. in suis 11. de lib. & posthum.* Non ait, institutus cum libertate, quod olim ex plurium sententia necessarium erat, ut valeret institutio; sed simpliciter institutus, quia etiam omissa datione libertatis a domino institutum, liberum & hæredem necessarium esse voluit, *l. pen. Cod. de nec. serv. hær. inst.* §. 2. *sup. qui ex quib. caus. man. & sup. de hær. inst. in prin.* Absolute igitur necessarius hæres est servus a domino hæres institutus; sed, scilicet, si in eadem causa manserit. Nam si a vivo testatore manumissus fuerit, sua voluntate hæres fit: si alienatus, novum dominum adeundo hæreditatem facit, §. 1. *sup. de hær. just.*

Sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus &c.) Hæc verba textus evidentissime ostendunt, non ideo servum hæredem dici necessarium, quod nolenti imponitur necessitas adeundi; sed quia protinus, idest, statim a morte testatoris, hæres fit, solaque Juris potestate citra ullam aditionem creditoribus hæreditariis obligatur, perinde ac sui hæredes & necessarii. Unde & si furiosus sit, necessarius domino hæres existit, *l. furiosus 63. de acquir. hær.* Et vel hoc solum, quod abstinendi facultas ei denegatur, *leg. necessariis 57. in fin. dict. titul.* certum argumentum est, ipso jure eum hæredem fieri. Cui jam consequens, statim quoque eum & simul liberum fieri; quod significat Jurisconsultus *in l. 6. §. ult. de hær. inst.* cum ait: servum hæredem institutum a semetipso libertatem accipere: idemque traditur *in leg. ex parte 58. de acquir. hæred.* Perspicuus ergo Giphanii error est, qui scribit, ante aditionem neque liberum fieri, neque hæredem. Et vero hoc ita constitui necesse fuit, ut invitus obligaretur creditoribus hæreditariis: siquidem ut quis præcise adeat hæreditatem, cogi non potest, ne servus quidem a domino *l. 3. Cod. de hær. inst.* Observandum autem est, eum demum servum necessarium hæredem fieri, cui non aliunde debetur libertas. Nam si quis eum, quem ex fideicommisso manumittere debebat, testamento suo liberum & hæredem esse jusserit, placet, hunc necessarium hæredem non esse: quia libertatem non tam beneficio testatoris, quam alieno, & debitam sibi accepit, *l. si servo 84. de hær. inst.*

Unde qui facultates suas suspectas) Indicat præcipuam utilitatem, eamque secutam consuetudinem instituendorum servorum. Utilitas in eo consistit, ut bona dominorum, qui solvendo non sunt, post eorum mortem, non ipsorum: sed servi hæredis necessarii nomine a creditoribus possideantur vel distrahantur. Hinc orta consuetudo, ut qui facultates suas suspectas haberent, infamiam actionis metuentes, eam hoc pacto in servos derivarent, quos pro honore delatæ sibi hæreditatis conjuncto cum beneficio manumissionis æquo animo aspersionem hujus notæ ferre convenit, uti supra quoque notatum est sub §. 1. *qui & ex quib. caus. man.*

Hoc commodum præstatur) Μισθὸς τῆς τοιαύτης ὕβρεως, Theo. Duriusculum enim fuisset, ut si quid post mortem testatoris non ex causa hæreditaria, sed vel sua industria, vel ex aliorum liberalitate acquisivisset, ejus quoque distrahendi potestas creditoribus fieret. Cæterum prius quam bonis testatoris se immisceat, eave attingat, petere debet a Prætore horum bonorum separationem, quam & hoc casu impetrat, *l. 1. §. ult. de sep. bon.* Quo loco, quod notandum est, separari etiam id dicitur, quod servo a testatore debetur, quasi hoc etiam dici possit a patrono non perfectum: quæ singularis est humanitas.

TEXTUS.

De suis hæredibus.

2. *Sui autem & necessarii hæredes sunt, veluti filius, filia, nepos neptisve ex filio, & deinceps cæteri liberi, qui in potestate morientis modo fuerint. Sed ut nepos neptisve sui hæredes sint, non sufficit, eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse. Sed opus est, ut pater ejus, vivo patre suo, desierit suus hæres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus a patria potestate, tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Sed sui quidem hæredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, & vivo quoque patre quodammodo*

do domini existimatur. Unde etiam si quis intestatus moriatur, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omnino, sive velint, sive nolint, tam ab intestato, quam ex testamento, ex lege duodecim Tabularum, hæredes fiunt. Sed his Prætor permittit volentibus abstinere hæreditate, ut potius parentis quam ipsorum bona similiter a credentibus possideantur.

NOTÆ.

2. *Quin in potestate morientis*) Ἐν τῇ χειρὶ τοῦ τελευτῶντος, Th. atque hoc in liberis primi gradus perpetuum est: nam filius, qui in potestate est, non potest non esse suus hæres: in cæteris non item, ut mox sequitur.

Non sufficit in potestate, &c.) Ex his, qui in familia defuncti sunt, suus hæres proprie est, quem nemo in suo ordine antecedit, *l. 33. §. 1. de testam. mil. l. 6. de injust. rupt. §. 2. sup. de exhib. lib.*

Aut quodlibet) Est tamen casus, quo nepos, qui tempore mortis avi suus hæres non erat, propter præcedentem personam patris destituto avi testamento suus hæres avo ab intestato existit, *v. §. 7. & seq. de hær. quæ ab int.*

Prima causa liberorum) Suorum scilicet hæredum, *§. 2. inf. de hær. quæ ab int.* Hodie autem liberorum omnium, *Nov. 118. cap. 1.*

Sive velint, sive nolint) Necessitas hæc a jure patriæ potestatis, *l. 4. d. cond. & dem.* quæ & ipsa est ex lege decemvirali. Dion. Halicarn *l. 2. pag. 96.*

Prætor permittit volentibus abstinere) Quo beneficio utentes hoc consequuntur, ut quamvis creditoribus hæreditariis jure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, *leg. 57. de acqu. hær.* Itaque vi ipsa Prætor ex necessariis voluntarios fecit, non tamen extraneos, quia, quod ipsis commodum, sui adhuc manent, *§. 3. infr. de hær. quæ ab int.*

COMMENTARIUS.

1. *Plenius & planius, quam vulgo, sui hæredes describuntur.*
2. *Verbum hoc suus hæres non esse populare & oratorium, sed forense & disciplinæ juris proprium, deque eo nonnulla non passim obvia.*
3. *Exponitur latissime hujus nominis ratio.*
4. *Unde altera horum hæredum qualitas, nempe necessitas: & quid ea operetur?*
5. *Prætorem dato beneficio abstinendi necessitatem sustulisse, sed salvo jure suitatis; & quem effectum ea res habeat?*

V*Eluti filius, filia, nepos, &c.*) (1) Qui sint & dicantur sui hæredes, licet non definitione aliqua, sed exemplis hic declaretur, facile tamen ex his quæ traduntur, quivis per se brevem & explicandæ rei idoneam definitionem extruxerit. Nam si non alii sui hæredes sunt quam liberi defuncti, & e liberis soli illi, qui in potestate morientis fuerunt, atque ex his, qui in potestate fuerunt, soli, quos tempore mortis nemo in familia antecedebat: hæc inductio nos quasi manu ducit ad hanc definitionem: Sui hæredes sunt liberi defuncti, qui, quo tempore is moritur, in potestate ejus sunt, primumque ab eo locum in familia obtinent. Non est tamen hæc definitio modis omnibus absoluta. Nihil in ea desideraremus, si idem semper mortis tempus & delatæ hæreditatis esset: at hæc tempora non semper concurrunt; ex quo aliquando fit, ut qui moriente eo, de cujus successione quæritur, suus hæres non erat, postea tamen ei suus hæres existat. Plane neque ex testamento quisquam suus hæres existere potest, nisi qui tempore mortis in familia testatoris proximus est neque ab intestatu, aut nullum testamentum factum proponatur, aut quod factum erat, vivo testatore ruptum, aut vitiatum; quippe in his casibus aliud tempus, quo deferatur hæreditas, nullum est, quam tempus mortis. At si proponas, patremf. facto jure testamento, quod eo vivo infirmatum non sit, decessisse, hic evenire potest, ut qui tempore mortis suus hæres non erat, postea suus hæres existat, non utique ex isto testamento, sed eo destituto ab intestato, ut ecce; pater filio exhæredato extraneum hæredem instituit: deliberante hærede scripto filius moritur; mox scriptus omittit hæreditatem: ex illo filio susceptus avo suus hæres erit ab intestato, & hic tamen tempus mortis avi suus esse non potuit propter præcedentem personam patris, *l. 5. unde lib. §. cum autem, 7. & seq. inf. de hær. quæ ab init.* ubi hoc pluribus illustratur. Ut igitur perfecta sit definitio, quo tempore mortis ponatur tempus delatæ hæreditatis, hoc modo suus hæres est, qui in potestate morientis fuit, & tempore delatæ hæreditatis in familia proximus est.

Aut qualibet alia ratione) Puta emancipatione aut deportatione. Nam si quis ex suis hæredibus qualibet ratione suus hæres esse desierit; statim liberi ejus gradum occupant, & succedendo in sui hæredis locum quasi agnascendo fiunt avo aut proavo sui hæredes, *§. 2. sup. de exhær. lib. §. 2. inf. de hær. quæ ab int. d. Gallus 29. §. & videtur 12. cum seq. de lib. & posth.* Enimvero hodie occupatio loci paterni atque in sui hæredis locum successio ex causa emancipationis nihil operatur quoad effectum succedendi ab intestato, postquam placuit, etiam filios emancipatos jure civili ad successionem ab intestato admitti, atque in sua successione præferri nepotibus ex se natis, licet retentis in potestate avi, *Nov. 118. cap. 1.* Ex quo etiam intelligimus, hodie edictum *de conjug. cum emanc. lib.* inutile esse.

Sed sui quidem hæredes) Nomen suorum hæredum ex jure civili descendit, *l. ult. de bon. damn.* hoc est, ex lege duodecim Tabularum, *l. liberorum, 220. de verb. sign.* Ulp. tit. 26. estque verbum forense ac proprium Jurisc. non populare aut oratorium, de quo Hotom. 9. *obs.* 10. (2) Quod ut intelligatur, sciendum est relativum *suos* non eodem modo ac sensu in proposito apud nostros usurpari, quo apud grammaticos & in sermone populi. Popularis locutio est, cum ea dictione ut relativa & reciproca sic utimur, ut referatur & redeat ad eam personam, quæ præcessit; veluti cum nostri dicunt: *mulier suos filios in potestate non habet, l. 5. C. de adopt. Pater agnovit suum partum, aut filium suum, leg. 1. §. Julian. 22. cum seqq. de agn. & al. lib. Cujus Sejus testamento uxorem suam hæredem instituit, l. Titia 34. §. 3. l. ult. de legation.* 2. In his enim locutionibus vox *suus* ad præcedentem personam refertur, scilicet ad matrem, ad Cajum Sejum. Atque hic usus vocis, quem pueri docentur in scholis, citato vulgato illo, *Rogat te Cæsar, ut suas partes sequaris.* Ex eadem consuetudine & more vulgari nostri quoque loquuntur, cum utramque vocem, *hæres & suus*, conjungunt: sed ita, ut suus sequatur, veluti in his: *Testator a Titio hærede suo centum legavit. Titia ita fidei commisit hæredis sui. Stipulatus est sibi hæredique suo, ire agere licere, l. 2. §. ult. de verb. obl. Si quis uti frui licere sibi hæredique suo stipulatus* sit,

sit, *l. stipulatio 38. §. sed si 12. d. tit.* Quint. *lib. 5. c. 16. Quem quis hæredem suum esse voluit, charum habuit.* At cum ex usu juris peculiari loquuntur, verbum *suus* refertur ad eum ipsum, qui hæres est, & quod diligenter observandum, tunc perpetuo id verbum præcedit, ut in his: *Mulier suum hæredem paritura est, l. 31. §. 1. de acq. hæred. Fæmina suum hæredem non habet, l. 4. §. 2. cont. tab. Spes est, suum hæredem defuncto existere, l. pen. §. 1. unde legit. Filius patri suus hæres est, l. 47. §. 1. de neg. gest. Mortuo filio nepos ex eo fit avo suus hæres, l. 13. de injust. rupt.* cum sexcentis similibus. Et igitur cum dico: *Mulier suum hæredem non habet*, intelligo loqui ex usu juris peculiari: cum ajo: *Sempronio hæredem suum rogavit, ut partem hæreditatis restituat Titio*, ex usu communi. Rationem nominis mox audiemus.

Quia domestici hæredes sunt) Theoph. οἰκειοί, eadem fere significatione, qua domesticum testimonium §. *in testib. 9. sup. de test. ordin.* aut quasi οἴκοθεν καὶ ἀφ' ἑαυτῶν ἔχοντες τὸ κληρονομεῖν, Οἰκογενεῖς, vernæ hæredes, qui non aliunde acciti, sed nominati sunt. Ita & Plin. *Panegyr. cap. 37. domesticos* hæredes opponit *extraneis*, eosque ait bona non ut aliena & speranda, sed ut sua semperque possessa capere.

Et vivo patre quodammodo domini) Sui hæredes ideo dicuntur, quia non alienam, sed jam quodammodo suam hæreditatem accipiunt, & non magis alteri, quam sibimet ipsi hæredes sunt: (3) unde Græcis dicuntur αὐτοκληρονόμοι, quod eleganter ad Phœnicem suum Lactantius accommodat hoc versu:

Ipsa sibi proles, suus est pater, & suus hæres.

Atque hoc nomine non magis post mortem patris appellantur, quam eo adhuc vivo & superstite κατὰ πρόληψιν, & quod singulariter notandum, etiam vivo adhuc patre, dicuntur desinere sui hæredes esse, puta si capite minuti fuerint. *l. 1. §. 4. l. 11. de suis, & legit. l. 13. de injust. l. 29. §. 12. & seq. de lib. & posthum.* nimirum ideo, quia vivente adhuc patre, jam quasi quodammodo domini, patrique socii, participes, & cohæredes sunt, testimonio non solum nostrorum, Pauli, *lib. 11. de lib. & posth.* Justiniani *hic text. & §. inf. de hær. quæ ab int.* verum aliorum etiam scriptorum. Terent. *Heaut. act. 1. sc. 1. Donec salvus redierit meus particeps.* Auson. *Idyll. 3.*

Justæ quidem series patris succedere: verum
Esse simul dominos, gratior ordo piis.

Unde passim in comœdiis servi filios dominorum heros minores, πατέρες δεύτεροι, vocant. Telemachi subulcus dicitur, qui erat Ulyssis *Odyss. ρ.* Servus Abrahami Isaacum vocat dominum suum, *Gen. 24. vers. 65.* Atque hinc est, quod patre mortuo, non tam novam & alienam hæreditatem percipere existimetur, quam pleniorem & liberiorem veterum bonorum administrationem, statimque a morte parentis quasi continuatur dominium, *dict. leg. 11. de lib. & posthum.* quo fit, ut ubi suus hæres est, numquam jacere hæreditas dicatur: nimirum quia nullum inter defuncti mortem & existentiam sui hæredis intervallum est, *leg. 1. §. qui sunt, 7. si quis omiss. caus. testam.* Ex eo item est, quod sui hæredes ipso jure hæredes existant, citra ullum vel suum vel alterius factum, sine aditione, sine creatione, sine gestione pro hærede, *dict. §. 3. inf. de hær. quæ ab int. leg. in suis 14. de suis & leg.* adeoque ante apertas tabulas, *l. 3. C. de jur. del.* tametsi ignorent patrem decessisse: ac proinde etiamsi furiosi sint, aut alias voluntate careant, *d. §. 3. l. furiosi 63. de acq. hær.* Cujus rei hic effectus, ut paternam hæreditatem tamquam jam sibi quæsitam ad quoscumque hæredes transmittant, *d. l. 3. Cod. de jur. de lib.* Hinc denique est, quod cum extranei dicantur *acquirere, adire, repudiare hæreditatem*, sui dicuntur *hæredes existere*, quod Græci interpretantur ἀποφαίνεσθαι (*retinere, immiscere, abstinere*: quasi qui rebus jam olim suis, ut domini utantur, easve retineant aut derelinquant. Postremo ex his etiam liquet cur sui hæredes, si non instituantur, exhæredandi sint, atque in his solis exhæredationem proprie dici, *l. quidam 132. vers. 1. obl.* add. Hotomann. *9. obs. 10.* VINN. Similia fere sunt apud Oisel. ad Caj. *Inst. lib. 11. tit. 3. §. 6.* Sed incommodior tamen videtur ratio, filios esse hæredes vivo patre, quum viventis nulla sit hæreditas. Hinc verosimilius videtur, filios dici *suos* hæredes quasi proprios, & in patris potestate dominioque Quiritario constitutos. Ita Joann. a Costa *ad princ. Inst. hoc tit.* & Vir Clar. Schultin. *ad Caj. l. c. pag. 166.* VINN.

Si quis intestatus) De hac re agimus *inf. §. 2. de hær. quæ ab int.* Diserte autem ait *intestatus*: nam lex duodecim Tabularum liberam civibus Romanis testandi facultatem concessit; cujus vi legis patri licuit, filium quem in potestate habebat, exhæredare, aliumque sibi hæredem facere. Sed & hoc ipsum, quod hic refert, ex jure civili est, & illo antiquius; quippe jure honorario postea etiam liberorum emancipatorum ratio haberi cœpta est, perindeque hi liberi ad bonorum possessionem & vi ipsa ad hæreditatem a Prætore admissi, ac si capite minuti non fuissent, *l. 6. §. 1. de bon. poss. §. emanc. 9. inst. de hær. quæ ab int.* Hodie autem liberi emancipati non minus, quam sui, etiam jure civili ab intestato succedunt, *Nov. 118. c. 1.* quamquam in modo acquirendæ hæreditatis diversitas mansit: de quo alibi.

(4) *Necessarii ideo dicuntur, quia sive velint sive nolint*) Necessitas hæc a jure patriæ potestatis est, *l. 5. de cond. & dem.* quæ similis dominicæ fuit, ut ostendimus *in §. 2. sup. de pat. pot.* liberosque hac in causa redigebat ad instar servorum: unde & commune iis cum servis hæredibus a domino institutis nomen necessariorum hæredum, *l. 12. de cond. inst. l. necessariis 57. de acq. hær. & passim.* Licet autem suitati cohæreat necessitas: est tamen diversa qualitas a suitate. Ex eo quod quis suus est, ipso jure hæres fit, bonaque paterna penes eum remanent: ex eo quod necessarius, ea retinere cogitur, creditoribus paternis, velit nolit, respondere, *d. l. necessariis*, quamquam hic etiam suum confert suitas. In suitate jus liberorum magis, in necessitate solius patris vertitur: cui ob id liberum fuit necessitatem hanc remittere, atque ex necessario hærede facere voluntarium, *d. l. 12. de cond. inst. l. jam dubitari 86. de hær. inst.* Neque unquam pater dicitur suum sibi hæredem facere, sed bene necessarium: & cum impuberi filio fratrem necessarium hæredem facit, suum tamen hæredem non facit ut recte Govean. *d. l. 2. §. 5. n. 35. in l. 10. §. 1. n. 2. de vulg. & pup.* Contra Bart.

(5) *Prætor permittit volentibus abstinere hæreditate*) Cum quæsitæ hæreditatis hæc vis sit, ut nos obliget æri alieno, licet solvendo non sit, *l. 8. de acq. hær.* suisque hæredibus ipso jure acquiratur hæreditas, consequens quidem est, ut creditoribus hæreditariis respondere teneantur, quamvis bona paterna non sufficiant,

iis-

iisque se bonis abstinere parati sint: humanitas tamen hic postulare videbatur, ut eo onere, qui id non sponte suscepissent, liberarentur. Verum tantum abest, ut jus civile iis subvenerit, ut eodem jure etiam necessitas ista comparata sit & annexa suitati. Et quid mirum, si lex, quem occidere patri permittebat, eumdem necessarium hæredem patri fecerit, aut permiserit patrem sibi facere? Cæterum acerbitatem juris civilis Prætor mitigavit data suis & necessariis hæredibus potestate abstinendi: quo beneficio qui ex his uti volunt, hoc consequuntur, ut necessitate subeundorum onerum hæreditariorum non adstringantur, *d.l. necessariis 57. de acq. hær.* Ex eo autem quod Prætor hic dicitur liberis necessariis hæredibus volentibus potestatem facere abstinendi hæreditate, & alibi eos liberare oneribus hæreditariis, si velint derelinquere hæreditatem, *d. l. necessariis*, recte colligitur, Prætorem ex necessariis vi ipsa fecisse voluntarios, quamquam non extraneos: necessitatem tantum a Prætore sublatam, non suitatem; quippe cujus maxima pars ad utilitatem liberorum pertinet, quibus prodesse, non nocere Prætori propositum fuit, *l.12. de vulg. & pup.* Quamobrem etiamnum & ipso jure & ignorantes hæredes fiunt, & obligantur creditoribus hæreditariis, §.3. *infr. de hær. quæ ab int. l.2. de cond. furt. d.l. necessariis 57.* quamvis respectu beneficii prætorii: quo fit, ut in eos actio non detur, idem jus habere dicantur, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundæ hæreditatis haberent; *l. nam nec 89. de leg. 1.* Manebit igitur adhuc idem suitatis effectus, quem supra indicavi, ut si filius decesserit, cum vel ignoraret patrem mortuum esse, vel sciret quidem, sed nondum declarata voluntate de retinenda aut de relinquenda patris hæreditate, eam hæreditatem, ut pote ipso jure sibi jam quæsitam, ad hæredes quoslibet transmittat. Rectene dicatur, jus suitatis tolli per exhæredationem, aut vulgarem substitutionem, alibi disputavimus. Clarius vero adhuc apparet, suitatem non esse sublatam a Prætore ex eo, quod etiam post abstentionem nudum illud nomen hæredis non est sine effectu; nam & sola sui hæredis existentia confirmat tabulas pupillares; ut docuimus supra sub *princ. de pup. subst.* & libertates sustinet, *l. cum quasi 30. §. sed etsi 10. de fid. lib.* quo loco diserte pro ratione hoc affert Jurisconf. *quod non sit sine hærede, qui suum hæredem, licet se abstinentem, habet*; & operatur confirmationem fideicommissi, ut restituta hæreditate ex Senatusconf. Trebell. transeant actiones, *l. ita tamen 27. ad SC. Trebell.* Postremo inde est, quod hæreditas pupilli, quantumvis abstinentis, potestate juris civilis cum hæreditate patris confusa censetur, *l. paterf. 28. de reb. auct. jud. poss.* licet hoc casu substitutus pupilli separationem bonorum patris & filii petere possit ex sententia Marcelli probata ab Ulpiano *l. Julianus 42. de acq. hær.*

Ut potius parentis, quam ipsorum bona) Species ignominiæ est, bona alicujus a creditoribus propter æs alienum possideri aut publice distrahi. Itaque ne id fiat, etiam mortuorum interest: atque ob eam placuit, non minus ignominiam istam, quam hæreditatem servis relinqui posse: nec causam Prætor habuit, cur servo necessario hæredi potestatem daret abstinendi, *d. l. necessariis 57. §. ult. de acq. hær.* qui tamen liberorum pudori ac famæ parcendum existimavit, *l. paterf. 28. de reb. auct. jud. poss.* hoc est, satius putavit, ut ex duobus, qui pari conditione sunt, potius patris defuncti nomine quam filii viventis; non sentientis, quam sentientis se hac affici injuria, bona possideantur aut divendantur.

TEXTUS.

De Extraneis.

3. *Cæteri, qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei hæredes appellantur. Itaque liberi nostri, qui in potestate nostra non sunt hæredes a nobis instituti, extranei hæredes nobis videntur. Qua de causa & qui hæredes a matre instituuntur, eodem numero sunt: quia fœminæ in potestate liberos non habent. Servus quoque hæres a domino institutus, & post factum testamentum ab eo manumissus, eodem numero habetur.*

NOTÆ.

3. *Hæredes a matre*) Sicut fœmina liberos in potestate non habet, ita nec suos hæredes habere potest, *l.4. §.2. cont. tab.* Multo magis huc pertinent parentes, fratres, &c. Et sic quidem ad discretionem suorum hæredum. Nam alias omnes legitimi & honorarii successores ab extraneis recte secernuntur.

Eodem numero) Extraneorum videlicet: quoniam utrumque ex defuncti testamento consecutus non est, libertatem scil. & hæreditatem, §. 1. *sup. de hær. inst.*

COMMENTARIUS.

C. *Extranei hæredes quotuplici sensu dicantur?*

SEquitur tertium genus hæredum, extranei, qui iidem & voluntarii hæredes dicuntur, propterea quod his hæreditas voluntate acquiritur, ut si velint, liceat suscipere, §. *ult. infr. eod.* si nolint, non cogantur, *l. nec emere 16. C. de jur. del.* eaque appellatione commodius in distributione necessariis oppositi fuissent, ut initio monuimus: Sunt autem extranei seu voluntarii hæredes in liberis hominibus omnes, qui non sunt sui & domestici: ac proinde qui ad hæreditatem sive ex testamento sive ab intestato vocati in potestate morientis non fuerunt, aut non proximo in familia gradu: ex servis, qui utrumque ex domini testamento non consequuntur, libertatem scilic. & hæreditatem, §.1. *sup. de hær. inst. & hoc textu in fin.*

Qui in potestate nostra non sunt) Liberos intelligit emancipatos, quos constat per emancipationem e familia exire, & extraneos nobis fieri, *l. quin etiam 55. §.1. de ritu nupt.* Itaque sive hæredes a patre instituti sint, sive ab intestato ad bonorum possessionem a Prætore vocentur, non efficiuntur ipso jure hæredes aut bonorum possessores: sed sua voluntate aut hæreditatem adeundo, aut bonorum possessionem agnascendo. Sed & hodie, etsi jure civili quoque ab intestato succedunt, *Nov. 118. c. 1.* non aliter tamen si voluerint, & adierint hæreditatem, hæredes fiunt, ut ex communi sententia hic notat Wesemb. & suo tempore a nobis confirmabitur.

Qui hæredes a matre instituuntur) Quemadmodum fœmina liberos in potestate non habet, ita nec suos hæredes habere potest, *l.4. §.2. cont. tab.* Huc igitur multo magis pertinent parentes & fratres. Illud singulare est, quod frater impuberi fratri a patre substitutus necessarius fratri hæres fit. Etenim patri concessum est, quos sibi facit necessarios, eosdem & filios facere, *l.2. §. prius 4. in fin. l. 10. §.1. de vulg. & pup. l. Julian. 42. de acqu.*

nequ. hær. Suum tamen hæredem hunc fratri non fieri, contra Bart. probat Govean. *in d. l.* 2. §. 4. & 5. Omittendum vero hic non est, verbo extraneorum hæredum non semper intelligi omnes, qui sunt voluntarii, aut omnes designari, qui non sunt sui. Nam & filius emancipatus ab extraneis discernitur, *l. filiosf.* 114. §. *fed &* §. 15. *de leg.* 1. *l. peto* 69. §. *pen. & ult. de leg.* 2. atque in *l. unic. C. de impon. lucrat. descript.* appellatione extraneorum significantur soli, qui in numero descendentium non sunt: & patrono legitimo hæredi extraneus opponi videtur *in l. libertus* 36. *de bon. lib.* Sane cum de jure succedendi ab intestato quæritur, pro extraneis simpliciter habendi non sunt, qui præteriti aut exhæredati jure civili aut prætorio testamentum rescindere possunt. Quo in genere sunt liberi emancipati, quibus & exhæredatis querela de inofficioso, & præteritis bonorum possessio contra tabulas datur, ac jure novissimo etiam successio ab intestato una cum suis hæredibus defertur; item liberi, qui numquam in potestate fuerunt; qui & ipsi exhæredati matris aut avi materni testamentum inofficiosum dicere possunt. Quibus accedit, quod ex constitutione Theodosii liberi omnes a parentibus instituti hæreditate etiam adita, & ante apertas tabulas morientes, transmittant ad eos, qui ex se descendunt, *l. un. C. de his qui ante ap. tab.* qui effectus quidam est suitatis: & sui hoc amplius tantum habent, quod hæreditatem ignorantes transmittunt ad hæredes quosvis. Sed neque parentes prorsus extranei hæredes habendi, cum & ipsis præteritis querela inofficiosi competat. Quin etiam omnes, qui ab intestato sive a lege sive a Prætore ad successionem vocantur, suo sensu possunt dici non extranei, nimirum ad differentiam eorum, qui ab intestato venire non possunt: eoque sensu Cujus *lib.* 2. t. 2. *in fin.* extraneos hæredes definit, qui nullo propinquitatis gradu testatori junguntur: quamvis inscite eo loco, ubi extraneos & suos invicem in dividendo opponit. Ex his vero intelligi potest, quid sibi velit Baldus *in leg.* 9. *col.* 12. 3. *opp. Cod. de collat.* cum ait, extraneum dici tripliciter, a suitate, a filiatione, & a cognatione.

TEXTUS.

De testamenti factione.

4. *In extraneis hæredibus illud observatur, ut sit cum eis testamenti factio, sive hæredes ipsi instituantur, sive hi, qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur: testamenti quidem facti tempore, ut constiterit institutio: mortis vero testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius & cum adit hæreditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive pure, sive sub conditione hæres institutus sit. Nam jus hæredis eo maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hæreditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris non nocet hæredi: quia, ut diximus, tria tempora inspici debent. Testamenti autem factionem non solum is habere videtur, qui testamentum facere potest; sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii acquirere, licet non possit facere testamentum. Et ideo furiosus, & mutus, & posthumus, & infans, & filiusfamilias, & servus alienus, testamenti factionem habere dicuntur. Licet etiam testamentum facere non possint; attamen ex testamento vel sibi, vel alii acquirere possunt.*

NOTÆ.

I. *In extraneis*) Ex Florent. *l.* 49. §. 1. *de hæred. inst.* ait *in extraneis*, quia in suis hæredibus vix est, ut locus sit quæstioni de capacitate.

Qui in potestate eorum) Ratio est, quoniam institutio servorum, qui per se sunt incapaces, sustinetur ex persona domini, quocum testamenti factio est, *l.* 31. *d. t.*

Ut effectum habeat) Id est, ut dies ejus utiliter cedat: quod fit, si quis sit mortis tempore, cui hæreditas utiliter deferatur, & qui eam adeundo possit consequi, *l.* 52. *de leg.* 2.

Et cum adit hæreditatem) Ita & Flor. *d. l.* 49. §. 1. Cæterum non sufficit hoc tempore capacem esse, si qua mutatio juris hæredi contigerit post mortem testatoris aut conditionis eventum.

COMMENTARIUS.

1 *In successione ab intestato de capacitate hæredum diversis temporibus spectanda quæri non posse; de qualitate posse.*
2 *Quid in successione ex testamento circa suos hæredes?*
3 *Notatur & refellitur insignis error VVesembecii.*
4 *Cum de capacitate inspicienda quæritur, nihil interesse, domini an eorum servi instituti sint.*
5 *Non satis subtiliter tempus adeundæ hæreditatis in considerando capacitate hæredis constitui terminum distinctum a tempore mortis.*
6. *Probatur invictis rationibus, tempus adeundæ hæreditatis neque in pura institutione tertium, neque in conditionali quartum terminum constituere.*
7 *In pura institutione ut duo sunt extrema, ita unum tantum esse medium tempus, quod non noceat in conditionali uti extrema tria, ita duo tantum media.*

Expositis generibus & differentiis hæredum, pergit ad id, cujus cognoscendi causa differentiæ istæ præcipuæ traditæ fuerunt, videlicet ad ipsam hæreditatis jure delatæ acquisitionem: & quia in extraneis hæredibus (in aliis enim, ut mox ostendemus, disputatio proposita inepta est) ad requirendam hæreditatem necessario requiritur, ut sint hæreditatis capaces; merito primum docet, quibus temporibus capacitas illa inspicienda sit, ut hæreditatem sibi delatam obtinere possint. Qua de re ut habeamus quod certo statuere liceat, primum distinguendum est inter successionem ab intestato, & successionem ex testamento: deinde inter qualitatem hæredis, & ejusdem capacitatem. (1) In successione ab intestato de capacitate hæredum diversis temporibus spectanda disputari non potest; cum nemo ad successionem ab intestato vocetur, qui non sit capax tempore mortis ejus, de cujus hæreditate agitur. De qualitate autem quæri potest, puta quo tempore spectandum, an quis suus sit, aut proximus agnatus. Placuit autem, in eo inspici tempus delatæ hæreditatis: quod tempus plerumque quidem idem est cum tempore mortis, sed tamen non semper, §. *cum autem* 7. *insr. de hær. quæ ab intest.* §. *proximus* 6 *insr. de leg. agnat. success.* quibus locis diligenter hoc a nobis exponitur. (2) In successione ex testamento in suis hæredibus via est, ut locus sit quæstioni de capacitate, cum non possit non esse cum suo hærede testamenti factio. Cæterum quod ad qualitatem, hoc est, suitatem pertinet, quæri potest utrum necesse sit eos utroque tempore suos esse & testamenti facti & mortis testatoris: an

fatis fit tales fuisse saltem altero, id est, tempore mortis. Sed verius est sufficere, tales esse tempore mortis, etsi tempore testamenti non fuerint, *per l. si quis 18. de injust. rupt. l. 23. §. 1. de lib. & posth.* ut tamen & testamenti tempore capaces fuerint, omnino necesse est: alioqui Catoniana regula impeditur institutio. (5) Notandus autem hic est insignis error Wesemb. qui scribit, non fuisse ne esse, ut de suis & necessariis eadem moneréntur, propterea quod ex persona testatoris testamenti factionem habeant. Quis enim umquam fando audivit, quemquam habere testamenti factionem ex persona testatoris? cum servo testamenti factio est ex persona domini, & sustinetur servi alieni institutio, si cum domino testamenti factio est, quasi ipse dominus mediate per servum institutus esset, *l. non minus 31. de hæred. inst. l. 10. de acq. rer. dom.* Sed hoc ad servum necessarium hæredem qui applicari potest? aut qui potest domini persona accommodari servo, ubi idem dominus est & testator? Sed valet hic institutio ex persona ipsius hæredis, quatenus consideratur ut jam liber & civis Romanus, quo tempore testamento deferri incipit hæreditas. Dicere vero, filiumfam. hæredem institutum aliunde personam mutari, sive ab extero hæres institutus sit, sive a patre, intolerabile est. Ut ad rem redeam, tota fere quæstio de inspicienda diversis temporibus capacitate, ad extraneos hæredes, eosque testamento institutos pertinet, quemadmodum etiam hic de extraneis hæredibus proposita est ex Florentino, *l. si alienum 49. §. 1. de hær. inst.* Quam recte dicatur, & quam rationem habeat, quod tria tempora hic observentur, facti testamenti, mortis testatoris, & hæreditatis adeundæ, ex progressu liquebit.

Sive ii qui in potestate eorum sunt) Cum extranei hæredes alias capaces sint, alias incapaces, & eorum qui sunt capaces, non minus servi, quam illi ipsi hæredes institui possint, quæri poterat, an quibus temporibus capacitas eorum spectatur, cum ipsi hæredes instituti sunt, iisdem etiam eadem spectetur, cum instituti sunt servi? Ait autem Imper. hic post Florent. *d. l. si alienum 49. §. 1.* nihil in proposito interesse, utrum ipsi domini hæredes instituti sint, an servi eorum. (4) Et recte; nam cum servorum, qui ipsi per se incapaces sunt, institutio sustineatur ex persona domini, quocum testamenti factio est, *l. non minus 31. de hæred. inst. l. 12. §. 2. de legat. 1.* consequens omnino est, testamenti factionem iisdem temporibus cum domino esse oportere, servo ejus hærede instituto, quibus oporteret, si ipse hæres institutus esset; proinde & facti testamenti tempore & mortis testatoris. Huic tamen parti contradicere videtur Terentius Clemens, *l. servus 82. de acq. hær.* Ait enim, servum ejus, qui capere non potest, & hæredem institui posse, & cum ipsum, si, antequam jussu domini adeat, manumissus sit, ad hæreditatem admitti. Verum ut totus iste locus & loci inscriptio ostendunt, non loquitur Clemens de servo ejus, qui omnino non est capax, aut cum quo simpliciter non est testamenti factio, qualis est peregrinus aut deportatus: (nam & hunc nihil prohibet servum habere, *l. 7. de legat. 3.*) sed de servo ejus, cum quo quidem ut cive Romano testamenti factio est, sed qui capere non potest ex ejus testamento, qui servum instituisse proponebatur. Erant enim inter cives, qui ex quorumdam testamentis aut nihil, aut partem tantum capere poterant, ut cælibes, orbi, vid. *supr. pr. de hær. inst.* Aliter respondet Cujac. *ad d. l. si alienum 49. §. 1. de hær. inst.*

Duobus temporibus, testamenti facti, & mortis testatoris) Mox tamen adjicit & tertium tempus scilicet quo adeunda hæreditas; uti & Jurisconsultus *d. l. si alienum §. 1.* De duobus temporibus testamenti & mortis testatoris, res expedita est. Nam testamenti tempus ideo necessario inspiciendum est, ut consistat institutio, nimirum propter regulam Catonianam, quæ initium spectari vult, nec patitur, institutionem, quæ ab initio non valuit, ex postfacto convalescere, *tot. tit. de reg. Caton.* Mortis vero ideo, ut effectum habeat institutio; hoc est, ut dies ejus utiliter cedat. Quod fit, si quis sit eo tempore, cui hæreditas utiliter deferatur, quique eam adeundo sibi acquirere possit, *l. non oportet 52. de leg. 2.* (5) Quod vero duobus istis temporibus Imper. & Jurisc. *d. l. si alienum §. 1.* tertium adjungunt, tempus scilicet adeundæ hæreditatis, eoque tempore non minus quam superioribus, atque ut distinctio a tempore mortis capacitatem hæredis inspiciendam ajunt, idque sive pure, sive sub conditione institutus sit, satisne subtiliter aut considerate ab iis dicatur, merito dubitaveris. Mihi enim, ut dicam, quod sentio, Jurisconf. cujus verba descripsit Tribonianus, non satis caute eo loco locutus videtur: neque id temere a me dictum mox patebere.

Hoc amplius & cum adit hæreditatem, &c. sive pure, sive sub conditione institutus) Ita quoque Jurisc. in *d. l. si alienum §. 1.* nimirum ergo Imp. & Jurisc. hoc ajunt, præter priora duo tempora; testamenti scil. & mortis testatoris, etiam adeundæ hæreditatis tempus circa capacitatem hæredis spectatis, sive pure, sive sub conditione instituti. (6) Mihi vero hoc inconsideratius dictum videtur; & sive pura sit institutio, sive conditionalis, tempus adeundæ hæreditatis in consideranda capacitate hæredis non bene constitui terminum distinctum a tempore mortis aut conditionis existentis. Primum enim ubi pura institutio est, nego plura tempora in proposito spectari, quam duo illa, testamenti facti, & mortis testatoris; tempus autem adeundæ hæreditatis a tempore mortis ajo distingui non oportere. Quod sic demonstro. Hæres pure institutus aut incapax tempore mortis invenitur, aut capax. Si incapax, frustra quæritur de ejus capacitate tempore aditionis hæreditatis, cum qui capax non est tempore mortis, & si postea capax fiat, hæreditatem acquirere non possit: quod ipsum etiam hoc loco & *d. l. si alienum, 49. §. 1.* aperte significatur, cum ad hoc ut effectum habeatur institutio, requiritur, ut institutus capax sit tempore mortis; neque ratio juris aliud patitur, secundum quam constat tempus aditionis cum tempore mortis conjungi, *l. hæres, 54. de acq. hær. l. omnia, 193. de reg. jur.* Si est capax, & deinde hæreditate nondum adita incapax factus, post aliquando in pristinam causam restitutus sit, hic quidem temporis adeundæ hæreditatis tamquam tertii extremi ratio aliqua haberi poterat; cæterum non haberi: ac ne sic quidem hæreditatem instituto acquiri posse, ex eo evincitur, quod in pura institutione unum tantum tempus intermedium est, quo hæredi mutatio juris non noceat, tempus scilicet, quod intercedit inter factum testamentum & mortem testatoris; ex quo porro hoc sequitur, in pura institutione duo tantum esse extrema, quæ circa capacitatem hæredis considerentur, tempus testamenti conditi, & mortis testatoris: per hunc text. vers. medio aut, & dict. leg. si alienum §. vers. eod. Denique certum est, non tantum mortuo hærede instituto, sed etiam eo deportato aut servo facto ante aditam hæreditatem, statim locum fieri substitutis aut hære-

dibus ab intestato, *l. Gallus*, 29. *& quid*, 5. *de l. & post.* *l.* 3. §. 1. *de his quæ pro non script.* Sed nec in conditionali institutione recte dicitur, circa capacitatem hæredis inspici tempus aditionis, sed præter duo priora inspicitur etiam tempus existentis conditionis, ita ut tria quidem hic sint extrema, sed præter tempus testamenti & mortis, tum inspicitur existentia conditionis, non etiam tempus adeundæ hæreditatis; alioqui enim dicendum foret, quod inauditum est, in conditionali institutione quatuor tempora distincte consideranda esse, testamenti, mortis, conditionis existentis, & quo aditur hæreditas: siquidem conditio existens hæredem scriptum jure hæredem non facit: sed tantum institutionem purificat, ut ad acquirendam extraneo hæreditatem nihilominus adhuc opus sit aditione. Quid quod nec Imperator ipse aut Jurisconsultus *d. loc.* plura tempora in conditionali institutione agnoscunt, quam tria ista, quæ diximus: Ajunt enim, medio tempore inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutationem juris non nocere hæredi. Quod si tempus adeundæ hæreditatis quoque eodem modo spectaretur, addere debebant, æque medio tempore inter conditionem existentem & aditionem hæreditatis mutationem juris hæredi non obesse. Effectum igitur est tempus aditionis hæreditatis, neque in pura institutione constituere terminum tertium, neque in conditionali quartum; ac proinde parum considerate tempus illud hoc loco confertur cum prioribus. Et omnino existimo, eo quod hic traditur de inspicienda capacitate hæredis etiam quo tempore de adeunda capacitate agitur, nihil aliud significari, quam eum, qui illo tempore capax non est, licet cæteris temporibus capax fuerit, hæreditatem adeundo acquirere non posse: & quamvis hæc monitio pene inepta videatur, cum contradictoria sint, incapacem esse, & posse acquirere hæreditatem, tamen non alium illorum verborum sensum esse patet ex eo, quod cum de extremis agitur & intermediis, quæ non nocent, temporibus, tempus adeundæ hæreditatis inter ea extrema non agnoscitur, utpote quo capacem esse hæredi nihil prosit, si aliquando aut post mortem testatori aut post conditionis existentiam incapax fuerit.

Medio tempore inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem) Hic expressa habemus tempora omnia, & quæ considerantur ut extrema, & quæ insuper habentur ut intermedia. (7) In pura institutione extrema duo sunt, testamenti, & mortis testatoris; medium unum, quod inter duo ista interjectum est. In institutione conditionali extrema tria; nam tertium in ea facit existentia conditionis: media, quæ non nocent, duo. Quippe secundum medium in ea est, quod intercedit inter mortem testatoris & conditionem institutionis existentem. Præter hæc neque aliud extremum, neque intermedium numeratur. Unde apparet, verba, quæ sequuntur, *quia, ut diximus, tria tempora inspici debent*, eadem, qua supra, inconsiderantia prolata esse, & vel non attento tempore conditionis existentis, vel duobus temporibus, mortis, & existentis conditionis, pro uno computatis, forte quod posterius retrotrahitur, & conjungitur cum priore. Illud nullam rationem habet, quod Jo: Faber contendit, in conditionali institutione non esse necesse, ut hæres capax sit tempore mortis testatoris. Nam si tempore testamenti facti id exigitur, fortiori ratione idem exigetur tempore mortis, quod, quoniam morte testamentum confirmatur, magis principale habendum est: & jam dictum est, tempus conditionis existentis retrotrahi ad tempus mortis & cum eo conjungi, uti & tempus aditæ hæreditatis; atqui hoc fieri non potest, si tempore mortis cum hærede non fuerit testamenti factio. Itaque nullius momenti est argumentum Fabri, quod tamen facit in conditionali institutione tempus existentis conditionis, quantum in pura tempus mortis. Nam etsi ex conditionali institutione non defertur hæreditas tempore mortis, sed demum existente conditione; quam ob caussam etiam in capacitate hæredis inspicienda illius temporis ratio habetur: nihilominus tamen & tempus mortis in eodem negotio spectandum est: quia existente conditione ad id tempus statim recurritur, & perinde habetur, ac si pure institutio facta esset: nec vero ob aliam caussam institutio conditionalis sustinetur, quam quod conditione quandoque existente, eventus ejus ad tempus mortis retrotrahitur, & pro eo res habetur, ac si pure hæreditas relicta sit. De quo ex professo *supr.* §. *hæres*, 9. *de hær. inst.* Sed & aperte satis hoc ipsum significat Justinianus, cum ait, tria tempora inspici debere: hoc enim tam de conditionali, quam pura institutione dici palam est. At ex tribus istis temporibus unum est tempus mortis: refert enim se ad tria illa, quæ antea enumeraverat; ut vero extrema habilia sint necesse est. Hæc plerisque aut ignota, aut intacta, ut Viglio, Mynsing. Hotom. Wesemb. &c.

Ex alieno testamento capere) Testamenti factione duplex jus continetur, faciendi testamentum, & ex testamento capiendi. Hinc vulgo DD. testamenti factionem dividunt in activam & passivam: Quamvis enim proprie is solus testamenti factionem habere dicatur, cui testamenti faciendi jus est; videamus tamen nostros aliquando pinguius ita loqui, ut eos quoque dicant testamenti factionem habere, qui tantum capere ex testamento possunt, *l. filiusf.* 16. *qui test. fac. l. ult. pro hær.* cum quibus esse testamenti factio rectius dicitur & usitatius, ut alibi ostendimus.

Furiosus) Marcellus *d. l. filiusf.* 16. §. 1. *qui testam. fac.* scribit, furiosum ideo testamenti factionem habere, quia potest sibi acquirere legatum vel fideicommissum. Non addit, hæreditatem; quoniam eam hæres scriptus, donec resipiscat, nec sibi, nec alii acquirere potest, extra quam si patri necessarius hæres existat, *l. furiosus*, 63. *de acq. hær.* Plane curator furiosi bonorum possessionem ejus nomine agnoscere potest, *l. ult.* §. *si autem*, 3. *Cod. de cur. fur. l.* 1. *de bon. poss. fur. infant. &c.*

TEXTUS.

De jure deliberandi, & de beneficio inventarii.

5. *Extraneis autem hæredibus deliberandi potestas est de adeunda hæreditate, vel non adeunda. Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hæreditatis: sive extraneus, cui de adeunda hæreditate deliberare licet, adierit, postea relinquendæ hæreditatis facultatem non habet, nisi minor sit XXV. annis. Nam hujusmodi ætatis hominibus, sicut in cæteris omnibus caussis, deceptis, ita & si temere damnosam hæreditatem susceperint, Prætor succurrit. Sciendum est tamen, D. Hadrianum etiam majori XXV. annis veniam dedisse, cum post aditam hæreditatem grande æs alienum, quod aditæ hæreditatis tempori latebat, emersisset. Sed hoc quidem D. Hadrianus cuidam speciali beneficio præstitit. D. autem Gordianus*

nus poſtea militibus tantummodo hoc conceſſit. Sed noſtra benevolentia commune omnibus ſubjectis imperio noſtro hoc beneficium præſtitit, & conſtitutionem tam æquiſſimam, quam nobiliſſimam ſcripſit, cujus tenorem ſi obſervaverint homines, licet eis adire hæreditatem, & in tantum teneri, quantum valere bona hæreditatis contingit: ut ex hac cauſa neque deliberationis auxilium ſit eis neceſſarium, niſi omiſſa obſervatione noſtræ conſtitutionis, & deliberandum exiſtimaverint, & ſeſe veteri gravamini aditionis ſupponere maluerint.

N O T Æ.

5. *Extraneis hæredibus*) Ex Florent. *l. 49. §. 1. de hær. inſt.* Ait, *extraneis*, quia deliberatio extraneorum hæredum propria eſt. Cæterum poſtquam ſuis hæredibus a Prætore conceſſa facultas abſtinendi, etiam deliberandi eis data, *l. 8. & ſeq. de jur. del. l. 19. Cod. eod.*

Deliberandi poteſtas) Si creditores, legatarii, &c. non urgeant, poteſt hæres vel intra 30. annos adire: ſi inſtent, aut ſtatim adire debet, aut tempus ad deliberandum petere, *l. 9. C. eod.* ut interim inſtrumenta hæreditaria & rationes defuncti inſpiciat, *l. 5. ff. eod. l. 28. de acquir. hæred.* a Principe annus conceditur, a judicibus novem menſes, *leg. ult. §. 13. Cod. dict. tit.* olim id fuit arbitrarium, *l. 1. §. 2. ff. eod.*

Immiſcuerit ſe) Sui non dicuntur adire, prove hærede gerere, aut repudiare, quæ iis ſolis conveniunt, quibus hæreditas tantum oblata eſt, ſed immiſcere, aut abſtinere, quæ proprie dicuntur de rebus partis & jam noſtris, *l. 14. §. 2. de relig. l. 11. l. 57. l. 71. §. 1. l. 87. de acq. hæred.* quamquam interdum hæc accuratio negligitur, *l. 7. §. 10. de minor. l. 6. C. de leg. hær.*

Niſi minor 25. annis) *L. 7. §. 5. de minor.* ex generali nimirum illo edicto, propter inconſultam hujus ætatis facilitatem.

Damnoſam hæreditatem) Et ex contrario, ſi lucroſam tempore repudiaverint, *leg. 2. C. ſit ut omn. hær.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Hæredem tam in onera, quam in commoda hæreditaria ſuccedere.*
2. *Jus deliberandi quorum cauſa & cujus rei gratia comparatum? quis ejus effectus, & quid hic de ſuo contulerit Juſtinianus?*
3. *Etiam ſuis hæredibus jure prætorio deliberandi facultatem eſſe.*
4. *Poſt aditionem aut immixtionem hæreditatem derelinqui non poſſe, niſi a minore 25. annis per reſtitutionem in integrum.*
5. *Majoribus ex clauſula generali vix eſſe ut hic ſuccurratur?*
6. *Beneficium inventarii.*
7. *Quæ neglecti hujus beneficii pœna?*
8. *Jus hodiernum circa adeundam ſub beneficio inventarii hæreditatem.*

HÆres ſuſcepta hæreditate in jus & locum defuncti ſuccedit, eumque in omnibus, quæ perſonæ non cohærent, repræſentat, *leg. hæres, 37. de acq. hæred. l. nihil, 24. de verb. ſignif. leg. hæreditas, 62. de reg. jur.* junct. *l. 8. §. 3. de lib. leg.* Hoc autem cum dicimus, intelligimus, hæredem ſuccedere non tantum in jus, quod defunctus habuit adverſus alios; verum etiam in id jus, quo defunctus aliis tenebatur in ſumma, hæredem tam onerum & incommodorum ſucceſſorem eſſe, quam commodorum hæreditariorum; ac proinde obligari eum etiam æri alieno defuncti, eoque nomine a creditoribus hæreditariis conveniri poſſe, conventum iis reſpondere, eorumque actiones, quæ ex contractibus defuncti deſcendunt, ſuſcipere cogi, etiamſi hæreditas ſolvendo non ſit, *leg. 8. de acq. hær. l. 2. Cod. de hær. vel act. vend. l. ult. C. de hær. act. §. 1. infr. de perp. & temp. act.* (1) Quæ cum ita ſint, periculoſum ſane atque anceps eſt, hæreditatem aut adire ſtatim, aut ſtatim repudiare; illud, ob periculum æris alieni, quod initio latere poteſt: hoc, ne temere repudiando lucroſam hæreditatem amittamus. Cæterum adverſus hujuſmodi periculum duo remedia hæredibus cunctantibus comparata ſunt, ſive ex teſtamento ſive ab inteſtato ad hæreditatem vocatis; ac propoſita non extraneis tantum de adeundo aut repudiando, ſed etiam ſuis hæredibus de immiſcendo aut abſtinendo cogitantibus. Unum vetus eſt, jus deliberandi, de quo in principio hujus §. alterum novum a Juſtiniano I. introductum, beneficium ſcilicet inventarii, quod indicatur, verſ. *Sed noſtra*. Quod attinet ad jus deliberandi, ſciendum eſt, id non tantum hæredis gratia comparatum eſſe, ſed eorum quoque, quorum intereſt hæreditatem ſtatim aut adiri aut repudiari, puta creditorum, ſubſtitutorum, eorumve, qui ab inteſtato venire poſſunt. Quin etiam hoc remedio, ſi nemo iſtorum ſit, qui urgeat, non admodum hæredi opus eſt: quippe cui liberum, tamdiu hæreditatem amplecti, quamdiu eam non recuſaverit, *l. 9. C. de jur. del.* neque enim tempus ullum adeundæ hæreditatis legibus præſtitutum eſt; & ſi aliquo tempore ſolum longiſſimo, id eſt, præſcriptione 30. annorum, jus hæredis excluditur. DD. communiter *per l. 3. C. de præſcript. 30. ann.* Jaſ. *in l. 8. C. de jur. del.* Coraſ. 6. *miſc.* 21. (2) Cæterum ſi ſint qui urgent, hinc prædictum remedium hæredi neceſſarium eſt, niſi paratus ſit ſtatim aut hæreditatem ſuſcipere, aut poſſeſſionem bonorum pati, aut aliorum ſucceſſionem, *l. ſi quis, 23. §. 2. de hær. inſt. l. quamdiu, 69. de acq. hær.* Hæc enim tunc ei optio datur, ut aut ſtatim reſpondeat, hæres necne eſſe velit, aut tempus ad deliberandum petat, *l. 9. C. de jur. del* Tempus hoc olim poſitum erat in poteſtate jus dicentis, qui pro arbitrio ſuo deliberationem petenti diem præſtituebat, *leg. in fin. d. tit.* non utique ut ex libidine ſua id faceret, ſed ut pro prudentia ſua ſtatueret tempus moderatum, *d. l. 9. C. eod.* quantum ſcilicet ſufficere videretur ad cognoſcendas facultates defuncti, nec pauciores daret, quam centum dies, *l. 2. eod. tit.* Juſtinianus ſummum tempus, ſi a Principe deliberatio petatur, annum eſſe voluit: ſi a judicibus, novem menſes, *leg. ultim. §. & ſi quidem, 13. C. eod.* Impetrato tempore ad deliberandum, licet hæredi interea explorare vires patrimonii defuncti, petere ut rationem defuncti & inſtrumentorum hæreditariorum inſpiciendorum ſibi copia fiat; ut inſtituere ſe poſſit, atque apud ſe conſtituere, expediat nec ne agnoſcere hæreditatem, *l. 5. eod. l. Ariſto, 28. de acq. hær.* Quod ſi intra diem præſtitutum hæreditatem non agnoverit, reſpectu ſubſtituti, aut hæredis legitimi hæreditas pro repudiata habeatur, *leg. quamdiu, 69. de acq. hæred.* Creditoribus autem obligatur perinde ac ſi adiiſſet, *d. l. ult. §. pen. C. de jur. del.* nimirum prout utile ei eſt, ad cujus inſtantiam tempus eſt præfixum, ita ſilentium deliberantis pro aditione aut repudiatione habere debuit. A Juſtiniano hoc etiam

etiam hæredibus tributum, ut intra annum ex quo hæreditatem sibi delatam esse cognoverint, decedentes, cum ipsi eam nec adiissent nec repudiassent, jus deliberandi atque adeundi intra tempus quod ex eo anno reliquum est, in quosvis hæredes transmittant, *l. cum antiquioribus*, 19. *Cod. dict. tit.* eoque jure etiam nunc utimur, Grot. *lib. 2. manud. cap.* 22.

(3) *Extraneis hæredibus*) Jus deliberandi de adeunda vel repudianda hæreditate extraneorum & voluntariorum hæredum proprium est. Nam in suis hæredibus, si jus civile spectamus, quo etiam sunt necessarii, locus esse deliberationi non potest: quippe cum sine ullo suo facto, ipso jure statim hæredes existant, non potestatem habeant hæreditatem ita quæsitam derelinquendi. Cæterum postquam Prætor suos ad instar voluntariorum redegit, dato beneficio abstinendi consequens fuit, ut etiam jus deliberandi eis daret exemplo extraneorum hæredum voluntariorum: ut quemadmodum extraneis jus est deliberandi utrum adeant, an repudient, ita suis deliberandi jus sit, utrum immiscere se paternæ hæreditati, an ea abstinere, consultius putent, *l.* 8. *& lib. seq. de jur. delib. cum in antiquioribus*, 19. *C. eod.*

Postea relinquendæ hæreditatis facultatem non habet, nisi minor sit) Tempus deliberandi ab hærede prius petendum est, quam hæreditatem adeat, aut se immisceat. Regula enim juris est, neminem posse hæreditatem semel sibi quæsitam, sive per aditionem, sive per immixtionem, relinquere aut repudiare, *l.* 4. *C. de repud. hær. l.* 10. *C. de jur. delib.*. (4) Nec Prætor cuiquam post aditionem aut immixtionem subvenit per integram restitutionem, nisi minor sit 25. annis, qui temere & inconsulta facilitate lapsus damnosam hæreditatem adisse aut appetiisse proponatur: quippe cujus ætatis hominibus Prætor ex generali edicto, quod est de minoribus, succurrit, ut etiam post agnitam hæreditatem se possint abstinere, *leg.* 7. §. *sed & si de minoribus leg. necessarii*, 57. §. 7. *de acq. hæred.* quemadmodum ex contrario quoque, si quis juvenili levitate ductus omiserit aut repudiaverit hæreditatem aut bonorum possessionem, aliquando a Prætore restituitur, ut eamdem agnoscere liceat, videlicet si omnia sint in integro, *leg. quod si minor.* 24. §. *de minoribus leg.* 1. & 2. *Cod. si ne omiss. hæred.* Liberis impuberibus hoc amplius concessum, ut omnimodo se abstinere possint, id est ne adito Prætore, sive se immiscuerint, sive non immiscuerint, *leg.* 12. *dict. leg. necessariis de acq. hæred.*

Veniam dedisse.) Quod jus cum singulare fuerit, uni ea singulari gratia a Principe concessum, ut mox sequitur, ad consequentias produci non debuit. Et ideo existimo, contra quam Wesemb. & Bachov. nec Prætorem in proposito majoribus 25. annis subvenire solitum ex clausula generalis edicti, *Item si quæ alia mihi justa causa esse videbitur*. (5) Merito namque his objicietur, quod cum possent, spatium ad deliberandum non petierint. Aut enim contempserunt beneficium juris, & indigni sunt auxilio, aut stulte omiserunt, id est, in jure errantes, quibus succurri non solere constat, *l. pen. in pr. & §. ult. de jur. & fact. ign.* Plane si nihil sit, quod hæredi imputari queat, non negaverim, causa cognita audiendum; veluti si emerserit postea æs alienum, quod toto tempore deliberationis latuerat, nec sciri ab hærede, quamvis omnia diligenter explorante, potuit, *per dict. l.* 8. *de jur. del.* Neque enim simplex facti ignorantia cuiquam nocere debet.

Gordianus postea militibus) De jure jure quod Gordianus militibus concessisse dicitur, sic scribit Justinianus *leg. ult. Cod. de jur. delib. Sed & Veterum constitutionem non ignoramus, quam D. Gordianus ad Platonem scripsit de militibus, qui per ignorantiam hæreditatem adierunt, quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hæreditate defuncti invenerint: ipsorum autem bona a creditoribus hæreditariis non inquietarentur.* Et hoc jus constitutionemque Gordiani postea §. *ultim. ejusdem leg.* confirmat, hoc addito, propterea a se introductum, non ampliore tamen summa teneantur, quam in hæreditate invenerint.

(6) *Sed nostra benevolentia commune omnibus hoc beneficium, &c.*) Poterat tam paucis verbis, quam quibus benevolentiam suam commendat, ipsum beneficium explicare. Est autem illud, quod vulgo appellatur beneficium inventarii; propterea quod confecto solemni rerum hæreditariarum inventario hæres hoc beneficium consequitur. Summa fere constitutionis Justiniani, quæ extat in *l. ult. C. de hæred. del.* hæc est, ut hæres intra 90. dies, ex quo sibi delatam esse hæreditatem sciet, si res propinquæ sint, intra annum, si longius absint, inventarium rerum omnium hæreditariarum, præsentibus tabulariis ac testibus non minus tribus, cæterisque, qui ad hujusmodi confectionem necessarii sunt, puta creditoribus, legatariis, eorumve procuratoribus, *Novell.* 1. *cap.* 2. conficiat, ipse sua manu id subscribat, aut a tabulario testibus præsentibus subscribendum curet. Quo ita legitime confecto consequitur beneficium Justiniani, ut ne ultra vires hæreditarias teneatur, neve actiones, quas ipse contra defunctum habuit, aditione confundantur: sed ut possit non minus quod sibi debebatur retinere, quam creditores extranei suum exigere: quorum neutrum hæredi tribuebatur jure veteri, *leg.* 8. *de acq. hær. l. sicut*, 75. *de solut. leg.* 7. *C. de pact.* Confectum ab hærede fiduciario inventarium recte hæredi fideicommissario cedi, cessumque ei prodesse; aut si hæres non fecerit, ipsum sibi fideicommissarium recte facere, quod Bart. in *l. qua ratione*, 11. §. *quod vulgo* 5. & 10. *ad leg. Falcid.* tradit Jason *in add. ad Porc.* §. *sed quia*, 7. *instr. fideic. hær.*

Nisi omissa observatione nostræ constitutionis deliberandum existimaverint) Etsi Justiniano visum est, post introductum a se beneficium inventarii antiquum jus deliberandi penitus est supervacuum; tamen, ut ipse testatur, motus plerorumque supplicationibus, veteri remedio adhuc uti cupientium, jus illud liberum reliquit, *d. l. ult.* §. *& hæc quidem*, 13. *C. de jur. del.* (7) Et vero cur relinqueret, magna causa fuit. Habet enim confectio inventarii hoc incommodum, quod necesse est detegi defuncti facultates: quod plerique omnes, si liceat, minime volunt. Deliberationem aut ita admisit, ut eam parentibus, & intra præfinitum tempus hæreditatem adeuntibus, hæc duo onera imposuerit, tamquam pœnam contempti beneficii sui, primum, ut creditoribus in solidum tenerentur, quamvis inventarium cum omni subtilitate, ut ipse loquitur, fecerint: alterum, ut si non fecerint inventarium, etiam beneficio Falcidiæ privarentur, *d. l. pen.* §. *pen.* Novissime hoc insuper cavit, ut hæres inventarium non conficiens solida legata præstet, etsi vires patrimonii excedant, *Nov.* 1. *cap.* 2. Plura ad inventarium pertinentia qui nosse desiderat, adeat DD. *in d. l. ult.* Clarus §. *testamentum quæst.* 46. Grass. *l.* 2. *art. inventarium per tot.* (8) Apud Burgundiones, & in universa Gallia, item in hisce regionibus invaluit, ut jus pro hærede gerendi cum beneficio

inven-

inventarii pro speciali gratia habeatur, ac propterea id a Principe impetrandum sit, aut a Curiis ultimæ jurisdictionis, quemadmodum apud nos, *art. instr. cur. sup.* 23. Impetrato autem beneficio tenetur hæres per apparitorem aliosve ad hoc publice constitutos, præsentibus duobus testibus, intra dies quadraginta inventarium omnium bonorum hæreditariorum conficere: dein curare, ut res mobiles æstimentur, ac tum demum præstita cautione reddendarum rationum, possessio administratione bonorum ei permittitur, uti cautum uberius constitutione Caroli V., edita anno 1554. Sande *lib.* 4. *t.* 12. *de fin.*1. Sed & ita demum hoc beneficium conceditur, si non alius de cognatione defuncti pure & simpliciter omissoque beneficio hæreditatem adire paratus sit; quod & diplomati sive mandato inseri solet. Hoc autem procul dubio institutum est, partim propter utilitatem creditorum, ut ab eo qui simpliciter adit, solidum consequantur, partim ut honori defuncti consulatur; qui si nemo sine cautione inventarii bona ejus suscipere velit, vulgo creditur solvendo non fuisse. Quæ de re adeundi Chass. *ad consf.Burg.t.*7. §. 13. Baro *ad hun.* §.Peck. *lib.* 1. *de test. conj. c.* 35. Grot. *manud. c.*21. Christin. *vol.* 4. *decis.* 22. Plane extranei id offerentes non audiuntur, ac ne maritus quidem aut uxor, *decis.supremi apud nos Senatus* 7.Peck. *dict. cap.*35.Zip. *not. jur. Belg. Cod. de jur. delib.*

T E X T U S.

De acquirenda vel omittenda hæreditate.

6. *Item extraneus hæres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hæreditatem vocatus, potest aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscienda hæreditatis, hæres fieri. Pro hærede autem gerere quis videtur, si rebus hæreditariis tamquam hæres utatur, vel vendendo res hæreditarias, vel prædia colendo, locandove; & quoque modo voluntatem suam declaret, vel vel verbo, de adeunda hæreditate: dummodo sciat, eum, in cujus bonis pro hærede gerit, testatum intestatumve obiisse, & se ei hæredem esse. Pro hærede enim gerere est pro domino gerere. Veteres enim hæredes pro dominis appellabant. Sicut autem nuda voluntate extraneus hæres fit: ita contraria destinatione statim ab hæreditate repellitur. Eum, qui surdus vel mutus natus, vel postea factus est, nihil prohibet pro hærede gerere, & acquirere sibi hæreditatem, si tamen intelligit quod agit.*

N O T Æ.

6. *Tamquam hæres utatur*) Potest enim quis res attingere hæreditarias, ut tamen id non faciat quasi hæres: puta si quid pietatis aut custodiæ causa fecerit, aut si suum putavit, *leg* 20. *princ.* & §. 1. *de acq. hær.*

Vendendo res hæreditarias, &c.) Nisi contra doceat, se nihil horum quasi hæredem fecisse, *dict. leg.*20. §.1. *l.*1. *C. de rep. hær. l.*1. *Cod de jur. del.* Quodam etiam sunt, quæ citra nomen & jus hæredis nemo facere potest. Exempl. in *dict. leg.*10. §.42. §.2. *eod.*

Dummodo sciat) Vide *leg.*19. *leg.*21. *leg.* 32. §. *ult. eod.*

In cujus bonis pro hærede gerit) Hic verbum *pro hærede gerere* latius videtur accipi, quam *in princ.*§.Num horum verborum *pro hærede gerere*, & *adire*, etiam generalis significatio est, alterumque pro altero, & unum pro utroque interdum usurpatur, *leg.*12. *de int. in jur. leg.*88. *de acq. hær.*

Contraria destinatione) Sic tamen, ut declaret se hæredem esse nolle vel verbis, vel scripto, nutuve, *l.*95. *eod.* aut re aliqua & facto, unde ea voluntas colligatur. Exempl. *in l.*17. §.1. *l.*77. *eod. l.*23. §.1. *de inoff. testam.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Doctrinam hujus §. proprie pertinere ad hæredes extraneos.*
2 *Duo dumtaxat esse, distincta tamen inter se, genera acquirendæ hæreditatis, aditionem, & pro hærede geritionem.*
3 *Qui plura genera statuunt, eos egregie imponere studiosis disciplinæ juris.*
4 *Cretionem nihil aliud fuisse, quam solemnem quamdam aditionem, contra quam Joseph Scaliger; & cur nulla hic cretionis mentio?*
5 *Quibus ex rebus in eo, quod geritur, animus pro hærede gerendo deprehendatur.*
6 *Percii, Angeli, & Bachovii opinio de nuda animi destinatione notata.*
7 *Ut quis adeundo aut pro hærede gerendo hæres fiat, quarum rerum eum ignarum esse oporteat?*
8 *Variæ circa etymologiam hæredis opiniones.*
9 *In repudiante hæreditatem eadem ex contrario quæ in admittente requiri.*
10 *Etiam surdos & mutos pro hærede gerere posse.*
11 *Quid si hæreditas delata furioso, impuberi, infanti?*

(1) HIc §. ad suos hæredes non pertinet, sed ad extraneos dumtaxat. Explicantur enim hic rationes proximæ seu modi, quibus hæreditas acquiritur, aut ejus acquirendæ jus amittitur: quorum neutrum in suis hæredibus locum habet, quippe cum in hos dominium rerum paternarum quod jam ante habebant, morte patris continuetur, dici non possunt aut acquirere hæreditatem, aut jure acquirendi excidere. Sane postquam Prætor his abstinendi facultatem dedit, desierunt quidem jure honorario esse necessarii; sui tamen hæredes patri esse non desierunt, & ipso momento mortis paternæ hæredes apparere, ut superius demonstravimus, & arguunt nomina, quibus in proposito Prætor & prudentes utuntur. Sui enim dicuntur adire, cernere hæreditatem, aut pro hærede gerere, hæreditatemve repudiare, quæ iis solis conveniunt, quibus res sive hæreditas tantum oblata est: sed hæreditatem retinere, immiscere se, aut abstinere, derelinquere; quæ non dicuntur nisi de rebus patris & jam nostris, *l.* 14. §. *plerique*, 8. *de reliq. l.*7. *de jur. del. l.*12. §. *ult. de bon. lib. l.*11. *l. necessariis*, 57. *l. si servum*, 71. §. *si quis*, *l. cum bonis*, 87. *de acq. hær.* & *passim eod. t.* Nam cum hac, quod ratio sit, nostri confundunt, ut in *l. ult. de suc.d. l.*4. §.1. *de fideic. lib.*21. §. *ult. de jur. patr. in fin. l.*1. §.10. *ad SC. Tertyl. l.* 6. *C. de leg. hær.* minus accurate loquuntur. Non plures autem modi, quibus extraneis acquiritur hæreditas, hic proponuntur quam duo, aditio, & pro hærede gestio sive geritio: sic enim appellatur a Jurisconsulto in *d. l.* 14. §. *plerique*, 8. *de relig.* Utrum autem hi modi, ut nominibus, ita & re ipsa inter se distincti sint, necne: item an non plures sint, quam hi duo, videbimus in exegesi textus.

Aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate) Omnis hæreditas, sive testamento delata, sive ab intestato, hæredi extraneo acquiritur sola voluntate & animo, ne quisque hanc voluntatem de suscipienda hæreditate de-

declaraverit. Declaratur autem hæc voluntas vel verbis, vel re aliqua, & facto: quorum prius qui facit, adire, qui posterius, pro hærede gerere in usu juris dicitur. (3) Unde duo genera acquirendæ hæreditatis, aditio & pro hærede gestio, *l. si quis mihi*, 25. §. *sed quid*, 7. *l. quamdiu*, 69. *de acq. hær. d. l.* 14. §. 8. *de rel. l.* 19. *C. de jur. del.* Quibus in locis observare licet, genera hæc sic appellationibus distingui, ut neque qui adit dicatur pro hærede gerere; neque qui pro hærede gerit, dicatur adire: quemadmodum etiam hoc loco ut diversa aperte distinguuntur, pro hærede gerere, & nuda voluntate hæreditatem suscipere: ut proinde minime assentiendum sit VVesemb. asserenti, nihil inter hæc duo interesse. Equidem fateor nihil obstare verborum significationem, quominus, qui pro hærede gerit dicatur adire, & qui adit pro hærede se gerere: ut hæc etiam postea confundere videtur Justinianus, & Jurisconsultus in *l. f. de in-terr. in jur.* Sed distinctionis causa usus veterum hæc ita trivit, ut in diverso genere ponerentur, & adire diceretur qui nuda testatione hæredem se profiteretur; pro hærede gerere, qui facto aliquo eamdem voluntatem declararet. Neque hoc negat Ulp. *l. pro hær.* 20. *de acq. hær.* cum ait, pro hærede non tam facti esse, quam animi. Hoc enim solum significat, ut quis pro hærede gessisse videatur, in eo non tam quid factum sit, quam quo animo factum sit, spectandum esse, ut locus ipse ostendit. Magis Paulus id negare videri potest, *l. gerit*, 88. *de acq. hær.* ubi definit, eum pro hærede gerere, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hæreditarium. Sed apparet Jurisconsultum verbum attingendi strictius eo loco usurpare, negareque eum attingere, qui retinet domum pignori obligatam, ut hæreditariam: quem tamen revera attingere constat; eoque tamquam facto aliquo, non nudis verbis, voluntatem declarari. Hoc ita constituto, videamus an non plura sint genera acquirendæ hæreditatis, quam duo illa, de quibus diximus, & quæ sola hic ab Imperatore proponuntur. (3) Et plura non esse omnino statuendum est, cavendumque ab iis, qui scribunt hæreditatem acquiri quinque modis, cretione, aditione, pro hærede geritione, immixtione, & agnitione, egregie studiosis hujus disciplinæ imponentes. Nam primum immixtio tota hinc aliena est: quoniam sui hæredes, quorum propria est, hoc facto nihil novi acquirunt, quod antea non habuerint, sed quæsitum jam ab initio attingentes id se retinere velle declarant, ut supra abunde probatum est. Agnitionem vero statuere modum acquirendæ hæreditatis diversum ab aditione, magnæ inscitiæ est. Quid enim est aliquid agnoscere hæreditatem, quam declarare, se velle hæredem esse? & hoc quid aliud, quam adire? Quod si tot species acquirendæ hæreditatis facere liceat, quot diversis verbis in hac re veteres utuntur, jam non modo quinque, sed vel octo aut plures etiam erunt. Non enim tantum agnoscere hæreditatem a veteribus dici legimus, sed etiam hæreditatem amplecti, suscipere, admittere, *l.* 6. §. 1. *l. quæsitum*, 40. *in fin. l. cum bonis*, 87. *de acq. hær.* Sed plura scilicet hæc verba sunt, res ubique una & eadem. (3) Cretio quoque olim nihil aliud fuit, quam solemnis quædam aditio, idque ostendit formula cretionis relata apud Ulp. *d. t.* 22. §. *cretio*, 23. his verbis: *Cum me Lucius Titius hæredem instituerit, eam hæreditatem adeo cernoque.* Et Festus, *Crevi*, inquit, *modo significat hæreditatem adii*, in quem locum quod Josephus Scaliger notat, *crevi*, *non proprie significare hæreditatem adii*, errorem esse convincit prædicta formula, & quod Festus dicit, *crevi*, *hæreditatem adii*, id Ulp. *d. tit.* §. 21. & §. 20. sic exprimit, *cernendo fit hæres*. Varro *lib.* 5. *de ling. Lat. Cernito in testamento*, *id est*, *facito videant te esse hæredem*, vid. Pet. Fab. 2. *semestr.* 22. Hic autem consulto mentio cretionis omissa, quia sublata solemnitate, quam olim desiderabat *lex cretionem*, 17. *C. de jur. del.* hæreditas etiam cum cretione delata acquiri posse cœpit, aut aditione simplici, id est, quavis aperta testatione voluntatis de suscipienda hæreditate, aut etiam pro hærede geritione: quod olim secus erat, Ulp. *d. loc.* Atque hoc illud est, quod paulo post Justinianus ait. *Et quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbo.* Sed quid laboramus? non tantum loci omnes, in quibus ex professo de modis acquirendæ hæreditatis agitur, uti *in l. quamdiu*, 59. *de acq. hær. l.* 14. §. *plerique*, 8. *de relig. l. cum in antiquioribus*, 19. *C. de jur. del.* ostendunt, pluribus quam duobus distinctis modis hæreditatem non acquiri: sed etiam res ipsa evincit, non posse pluribus modis acquiri. Illud enim palam est, voluntatem suscipiendæ hæreditatis hic totum facere; tantum relinqui, ut illa declaretur. Atqui pluribus modis declarari non potest, quam his duobus, aperta testatione, aut aliquo facto: illud autem veteres aditionem, hoc pro hærede gestionem sive geritionem appellant. De cretionibus antiquitatis amantes plura invenient apud Brisson. *l.* 7. *de form.* Rævard. *de auct. prud. cap.* 8. Greg. Tolos. 46. *syntagm.* 2. *n.* 6.

Si rebus hæreditariis tamquam hæres utatur) Diximus, hæreditatem extraneis hæredibus non acquiri, nisi voluntate & destinatione animi: eum autem animum qui aperta testatione declarat, dici adire; qui facto aliquo, dici pro hærede gerere. Adire cum sit apertæ testationis, nemo dubitare potest, quid hac testatione hæres voluerit. At si quid hæres gesserit, ambigi potest, quo gesserit animo, quoniam facta non loquuntur, & exerceri possunt alio animo, quam pro hærede gerendi. (5) Potest enim quis attingere res hæreditatis, ut tamen id non faciat quasi hæres, *leg. pro hærede*, 20. *in princ. & §.* 2. *de acq. hær.* Quibus igitur ex rebus in eo, quod ab hærede geritur, animus pro hærede gerendi deprehenditur? Ex multis sane. Finge hæredem quid fecisse, quod citra nomen & jus hæredis facere non potuit, veluti si conditionis implendæ causa quid acceperit ex judicio testatoris, *d. l. pro hærede*, 20. §. *Papinianus* 4. aut gessisse aliquid, quod non nisi hæres utiliter & cum effectu gerere potuit: puta si servos hæreditarios manumisisset *l. Julianus*, 42. §. 2. *eod. tit.* cum qui hæc facit, perspicuum est quasi hæredem facere, eoque & pro hærede gerere videri. Quid si rebus hæreditariis usus sit, ædes inhabitaverit, agros coluerit, aut locaverit, servis cibaria præbuerit, pecora, jumenta paverit, æs alienum solverit, res quasdam hæreditarias distraxerit? Creditur, suo potius nomine, quam alieno hæc fecisse, & in his omnibus gessisse pro hærede, nisi contra doceat, se nihil horum quasi hæredem fecisse; sed vel ut custodiat, aut quia sua putavit, aut quia quid fecit, dum deliberaret, ut res salvæ essent; ideoque in hujusmodi factis consultum est, initio hæredem testari, sed quod facturus est, non facturum ut hæres esse velit, *d. l. pro hærede* §. 1. *l.* 1. *C. de repud. hæred. l.* 2. *C. de jur. del.* Plane si defunctum funeravit, ex eo solo non videbitur pro hærede gessisse: quia id officium humanitatis jure cuivis præstari potest. Majoris tamen cautionis est, si hic quoque protestetur, *leg.* 14. §. *plerique*, 8. *de relig.*

Et

Et quoquo modo voluntatem declarat, vel re, vel verbo) Aut pro oratione disjunctiva hæc accipienda ſunt, in qua repeti intelligatur quod prius dictum eſt, hæreditatem acquiri, vel pro hærede gerendo, quod nunc dicatur re voluntatem declarando; vel nuda voluntate, quod nunc dicatur verbo voluntatem declarando: aut fatendum eſt quod ſupra dixi, Juſtinianum verbum pro hærede gerere hic latius accipere, quam in principio §. eoque comprehendere utrumque acquirendi modum, tam verbis, quam re. Utcumque ſit, voluntas amplectendæ hæreditatis aut facto aliquo, aut aperte verbis declaranda eſt: ſiquidem, ut vulgo dicitur, propoſitum in mente retentum nihil operatur. Ideoque quod Accurſius in *leg. 2. de interr. in jur.* ait, hæreditatis aditionem conſiſtere in occulta voluntate, non ſic accipiendum eſt, eum, qui nude deſtinavit, & apud ſe conſtituit hæreditatem adire, hac deſtinatione hæreditate obligari: ſed ita neminem obligari ut hæredem, niſi qui ea mente quid geſſiſſe aut protuliſſe probetur, ut hæres fieret. Id autem in occulto poſitum eſſe, ac proinde probatur difficillimum. Neque vero etiam Porcio, & Angelo aſſentior, qui exiſtimant, nuda animi deſtinatione hæredem aliquem fieri & obligari in foro conſcientiæ, quo etiam inclinare videtur D. Bachovius: nam, ut recte Bartholus in *leg. gerit, 88. de acquir. hæred.* nemo velle videri debet, quod non aliquo modo declaraverit: & prudentiſſimus ſimul ac doctiſſimus Viglius, hic, *Variæ*, inquit, *ſunt humanæ mentis inclinationes, ut nunc ad adeundum, nunc ad repudiandum propendeant, & tunc demum velle aliquid videmur, cum animum noſtrum exteriore aliquo ſigno confirmavimus. Alioqui quid eſt humanis cogitationibus vel inconſtantius, vel mutabilius? Nec eum*, inquit, *velle arbitror, ut hujuſmodi indiſcreta voluntate illaqueamur.* Illud in tranſitu moneo, pure hæreditatem adeundam eſſe, non ſub conditione; nam ſi quis, verbi cauſa, dixerit: *Si ſolvendo hæreditas eſt, eam adeo*, nulla aditio eſt, *leg. cum qui, 51. §. ultim. de acquir. hæred.* quo jure etiam hodie utimur.

Dummodo ſciat, teſtatum inteſtatumve obiiſſe, & ſe ei hæredem eſſe) Duo requirit Imper. ut quis adeundo aut pro hærede gerendo hæres fiat; unum eſt, ut ſciat defunctum aut teſtatum aut inteſtatum deceſſiſſe. Et prius igitur eſt, ut certus ſit, eum deceſſiſſe: neque enim viventis ulla eſt hæreditas, *leg. qui hæreditatem, 19. leg. neminem, 27. leg. hæres, 32. leg. qui ſuperſtitis, 94. de acquir. hær.* Ponamus ergo, agnatum proximum, cum ignoraret, ſe hæredem ſcriptum hæreditatem tamquam longe ſibi delatam adiiſſe, prove domino bona adminiſtraſſe, hæres non erit: nam ut pro hærede gerendo ſe quis obſtringat hæreditati, ſcire debet, qua ex cauſa hæreditas ad eum pertineat, auctore Paulo *l. ſi is, 22. eod.* Alterum eſt, ut ſciat, ſe hæredem eſſe, id eſt, hæreditatem aut teſtamento aut ab inteſtato ſibi delatam: & proinde etiam certus eſſe debet de conditione teſtatoris, paterſamiluas aut filiusfamilias ſit, & generaliter, teſtamenti factionem habuerit, necne, *l. hæres, 32. §. ult. eod.* Ad hæc etſi ſciat, ſe hæredem inſtitutum, ſed utrum pure, an ſub conditione, ignoret, non poterat adire hæredit. *d. l. hæres, 32. §. 1.*

Veteres hæredes pro dominis appellabant) Sic etiam Feſtus, *Hæres*, inquit, *apud antiquos pro domino ponebatur*, quod & Plauti confirmat auctoritas, apud quem Menæch. peregrinus de palla ſic loquitur, *Menæch. Act. 3. ſcen. 2. v. 11.*

> *Prandi, potavi, ſcortum accubui, abſtuli*
> *Hanc, cujus hæres numquam erit poſt hunc diem:*

Atque hinc eſt, quod pro hærede gerere & pro domino gerere, hæreditas & dominium a noſtris promiſcue uſurpetur, *leg. ſi is, 22. de acquir. hæred. l. 2. §. ultim. de bon. poſſ. ſec. tab.* Quæ res eos juvare videtur, qui hæredem a verbo *herus* dictum exiſtimant; licet ratio prioris ſyllabæ repugnare videatur, quæ in *herus* corripitur, in *heres* producta eſt: quam ob cauſam Viglius & Hotoman. potius ab *hæreo* deduci putant, ut *hæres* dicatur, quaſi *hærens*, eo quod proximus defunctus in bonorum dominio hæreat. Sed hic obſtat, quod *heres* & *hereditas* ſine diphtongo ſcribi in M. Tullii libris annotavit P. Victor, & in Pandectis Florentinis Cujac. Atque ideo Hotoman. exiſtimo maluiſſe derivare hanc vocem ab *hera*, quod terram ſignificat, unde ſit *heredium*, Varroni agellus, qui hæredem ſequebatur. Cæterum non ſunt hæc magni momenti: nec quantitas ſyllabæ ſemper in derivatis retinetur, quod vel pueri in ſcholis ſciunt, & docet Gell. *l. 12. cap. 3.* quamquam ille exemplis ad id demonſtrandum parum aptis utitur.

Contraria deſtinatione ſtatim ab hæreditate repellitur) Eadem autem omnia in repudiante requiruntur, quæ in hæreditatem admittente, ut voluntatem declaret aut aperte verbis, puta ut dicat, ſe hæredem eſſe nolle; ſcriptove aut nutu id teſtetur, *leg. recuſari, 95. de acquir. hæred.* aut re aliqua & facto, unde ea voluntas colligatur: cujuſmodi eſt, ſi hæres inſtitutus idemque legitimus de teſtamentaria hæreditate nihil aperte ſtatuens legitimam aut adierit aut repudiaverit: creditur enim, qui hoc fecit, eodem momento teſtamentariam repudiaſſe, *leg. ne is qui, 17. §. 1. leg. illud, 77. eod. tit.* Item ſi præteritus aut exhæredatus ab hærede inſtituto, cum ſciret eum hæredem eſſe, emit aliquid, aut prædia conduxit, vel ei ſolvit, quod teſtatori debebat. His enim factis & judicium defuncti agnoſcere intelligitur, & jus ſuum repudiare *l. ſi ponat, 23. §. 1. de inoffic. teſt.* Scire item debet qui repudiat, vivat is, de cujus hæreditate agitur, necne; teſtatus an inteſtatus deceſſerit: hæres necne ei ſit, pure an ſub conditione ſit hæres inſtitutus. Poſtremo de ſua quoque & defuncti conditione certus eſſe debet: alioqui uti adeundo, ita repudiando nihil agitur, *leg. 13. l. 15. & 4. leg. ſeqq. l. hæres, 32. l. qui ſuperſtitis, 94. de acquir. hær.*

Qui ſurdus vel mutus natus vel poſtea factus) Mutus, necnon ſurdus, etiam ita nati pro hærede gerere & obligari hæreditate poſſunt, *leg. 5. l. pater, 93. in fin. dict. tit.* Diſerte autem dicitur, pro hærede gerere: quia hi voluntatem verbis declarare nequeunt. Et pertinet hoc utique etiam ad ſurdos qui natura tales ſunt, quos loqui non poſſe conſtat. Enimvero ſi quis caſu aliquo ſurdus factus ſit, quin, ut loquendo, ita & verbis voluntatem declarando, hæres fieri poſſit, non eſt ambigendum. Sed & qui mutus non natus, ſed factus eſt, licet verbis voluntatem declarare non poſſit, poterit tamen vel ſcripto, vel alio indicio eam ſignificare, *arg. l. recuſari, 95. eod.* Quod ſi hæreditas delata ſit ei, cujus nulla voluntas eſt, qualis eſt furioſus, curatori tradetur hæreditas adminiſtranda ea lege, ut ſi furioſus poſtea ad ſe redierit, ipſe de ea ſuſpicienda aut omittenda ſtatuat: & omiſſa ad eos revertetur, ad quos remoto furioſo perventura fuiſſet, uti etiam ſi in furore deceſſerit, *l. ult. §. 3. & ſeqq. C. de re jur.* Quid ſi impubes ſit, cui delata hæreditas? Quod hujus judicio deeſt, ſi p

plebit tutoris auctoritas, *l. pupillum*, 49. *de acq. hær. l.* 9. §. 3. *de auct. tut. l.* 4. *C. de jur. del.* In infante novum jus a Theodosio constitutum est, ut ipse tutor nomine infantis hæreditatem adire possit, *l. si infanti*, 18. *C. dict. tit.* Quod si impubes in potestate sit, hic auctore patre recte adivit, *l.* 8. §. *ult. de acq. hær.* neque obstat quod si impubes in potestate parentis est, ne auctore quidem patre obligatur, §. *pup.* 9. *in fin. infr. de inut. stip. l. ult.* §. 2. *de verb. obl.* quia in proposito non obligatur ipse impubes, sed pater, cui hæreditatem acquirit. Cæterum in adventitia hæreditate dicendum est, ab illa regula recessum esse juniorum Principum constitutionibus, *d. l. si infanti*, 18. §. *ult. C. de jur. del. l. ult.* §. *ubi autem*, 6. *C. de bon. quæ lib.* Don. *ad l. ult.* §. 2. *num.* 7. *de verb. oblig.*

TITULUS VIGESIMUS

DE LEGATIS.

Dig. Lib. 30. 31. 32. *C. Lib.* 6. 37.

Ratio ordinis cum summa eorum, quæ hic explicantur.

Cognita ratione deferendæ hæreditatis ex testamento, recta procedendum videbatur ad partem alteram, quæ docet, quomodo deferatur hæreditas ab intestato, ac sine flexu iter institutum continuandum, donec omnes per universitatem acquisitiones percursæ forent. Eo enim non ipse rerum ordo & dispositio partium deinceps tractandarum facta §. *ult. super quas pers. cuiq. acq.* quasi manu ducit. Sed Imp. hic aliquantum a cœpto deflectit propter legata & fideicommissa; neque absque ratione. Nam cum legata & fideicommissa non minus testamento relinquantur, quam hæreditas, & vix ullum testamentum condatur, in quo non aliquis legato aut fideicommisso honoretur: hæc causæ communio, simul quod legata sunt partes, hoc est, accessiones & appendices testamenti, exigit, ut hoc loco maxime de his disputetur, atque ob hanc etiam causam in hunc locum collatum est, *dict.* §. *ult.* cum alioqui legata & fideicommissa sint modi, in quibus non universitas, sed res singulæ acquiruntur. Hoc titulo disputatur de legatis; atque ordine hæc ducentur, quid sit legatum, quotuplex olim fuerit, & quæ nunc natura atque effectus omnium: quibus rebus olim legata distabant a fideicommissis, & quæ postea secuta exæquatio; quæ res dari, legari possint, vel non possint, quibus recte legetur aut contra; postremo quædam, quæ ad veterem formam legandi pertinebant, mutantur.

TEXTUS.

Continuatio.

Post hæc videamus de legatis, quæ pars juris extra propositam quidem materiam videtur: nam loquimur de iis juris figuris, quibus per universitatem res nobis acquiruntur: sed cum omnino de testamentis, & de hæredibus, qui in testamento instituuntur, loquuti simus, non sine causa sequenti loco potest hæc juris materia tractari.

COMMENTARIUS.

De iis *figuris, quibus per universitatem*) *Figuris*, id est, *causis, modis, rationibus*. Docemus, quibus modis res universæ acquiruntur: legatis autem acquiruntur res singulæ; quorum idcirco tractatio hinc aliena videatur. Repetenda vero est memoria ejus, quod notavimus in expositione, §. ult. *sup. per quas pers. cuiq. acquir.* in hac distinctione acquisitionum non solius objecti rationem haberi, verum etiam ipsorum modorum & causarum acquirendi: legatum esse modum & titulum acquirendi singularem, hoc est comparatum ad acquirendum res singulas, non universas: & ideo licet universitas, pars bonorum aut hæreditatis alicui legata sit, quod fieri posse constat, *l. si quis* 23. *l. non amplius* 26. §. 2. *de legat.* 1. *l. cum pater* 39. *de vulg. & pupill.* Ulpian. *tit. de legat.* §. *sicut* 23. tamen hunc legatarium non fieri juris successorem, *dict. l. non amplius* 26. §. 2. proinde nec ullas actiones hæreditarias aut active aut passive in eum transire: ob quam causam olim factum, ut stipulationes partis & pro parte inter hujusmodi legatarium & hæredem interponerentur, §. *sed quia* 5. *inf. de fid. hæred.* Quod autem parte hæreditatis legata non deducuntur impensæ, pura pretia servorum manumissorum, aut sumptus funeris, *l.* 8. §. *ult. de leg.* 2. hoc non tribuit legatario successionem juris; sed tantum dicitur ad differentiam ejus, quod observatur cum pars bonorum, quæ tempore mortis fuit, legatur; quo casu impensas deduci placet, *l.* 9. *dict. titul.* Sic cum in specie *l. cum filius* 76. §. 1. *d. tit. de legat.* 2. Lucio Sempronio legata proponitur hæreditas Publii Mævii, eam Sempronius non suscipit ut hæreditatem, sed ut bona, quæ Mævio ad testatorem pervenerunt.

TEXTUS.

Definitio.

1 *Legatum itaque est donatio quædam a defuncto relicta, ab hærede præstanda.*

NOTÆ.

1. *Donatio quædam*) *Quædam* συγκατηγόρημα generi additum, quia legatum proprie donatio non est; in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla est donatio sine acceptione, *vers. sup. de don.* Florent. *delibatio hæreditatis*, *l.* 116. *de leg.* 1. μείωσις κληρονομίας, Basil. 44. *tit.* 1. *cap.* 1.

A defuncto relicta) Modest. *l.* 36. *de leg.* 2. *testamento relicta*. Sed Tribonianus videtur verbo generaliore usus, ut serviret constitutioni Justiniani de exæquatione legatorum & fideic. *l.* 2. *Cod. comm. de legat.*

Ab hærede præstanda) Desunt hæc apud Modestin. nec Theoph. Cuj. Hotom. agnoscunt, neque ad definitionem sunt necessaria. Sæpe tamen nostri definitionibus aliquid adjiciunt, plenioris explicationis gratia.

COMMENTARIUS.

1 *Legatum unde dictum?*
2 *Cur particula quædam donationi in definitione adjecta.*
3 *Consulto pro* testamento relicta, *ut est in definitione Modestini, hic positum pro* a defuncto relicta.
4 *Verba* ab hærede præstanda, *non videri otiosa, ut quidam censent.*

Lega-

Legatum, inquit Ulpian. *in fragm. h. tit.* est quod *legis modo*, id est, *imperative*, testamento relinquitur; quæ notatio quædam est & ratio nominis: cæterum quia hoc longiusculе petitum videtur, aliis potius legare dictum putant a *legendo*, quatenus hoc verbum diligere & decerpere significat, quod & Florentinum existimasse credibile est, ac proinde legatum definivisse *delibationem hæreditatis*, *l. legat. 116. in princ. de leg. 1.* Nam delibare decerpere est. Cic. *in orat. pro ext. c. 59. omnes undique flosculos carpere atque delibare.* Quæ autem decerpuntur, leguntur Virg. *Ecl. 3. v. 92.*

Qui legitis flores & humi nascentia fraga.

Nec dissimili admodum ratione Varro *lib. 4. de ling. Lat.* legatos a *legendo* appellatos tradit, quia scilicet *publice lecti sint, ut mittantur.* Cæterum etymologia Ulpiani convenientior videtur latitudini significationis verbi *legare*, in qua usurpatur in illo legis duodecim Tabularum, *uti quisque legassit*, &c. ubi hoc verbo *legassit* continentur etiam hæredum institutiones, denique quicquid verbis directis paterfam. in testamento caverit, confirmatur, *l. verbis legis 120. de verb. signif.* EINN. Immo etymologia Ulp. nihil est verius. Legare enim prima producta non significat delibare, vel decerpere, sed mandare, jubere, legem dicere. Unde & legare dicitur pater fam. etiam, quando hæredem ex asse instituit. Placuit vero hoc vocabulum veteribus, quia, ut supra monuimus, testamenta legis modo condebantur in comitiis calatis. Quare nec legata aliter relinqui poterant, quam verbis directis & ut ita dicamus, legislatoriis, ex gr. *habeto, hæres damnas esto, sinito, &c.* Plura eam in rem diximus in *Ant. Rom. h. t.* HEIN.

Donatio quædam) Particulam *quædam* Modestinus in sua legati definitione non addidit, *l. legatum 36. de legat. 2.* Non est tamen omnino supervacua, ut quidam putant. Quippe legatum proprie donatio non est: in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla est donatio sine acceptione, nec mortis quidem causa, ut supra demonstravimus sub §. 1. & 2. *de donat.* Legatum autem sola testatoris voluntate constat, atque ita tamen, ut suspendatur, & post mortem testatoris adhuc pendeat ab aditione hæreditatis, quod iterum secus in donationibus etiam iis, quæ mortis causa fiunt, *l. 5. §. qui mortis 17. de his quæ ut ind.* Quapropter nec inter genera donationum, ubi de his ex professo agitur, legatum numeratur. Est vero nihilominus peculiaris quædam & quasi proprii generis donatio: proficiscitur enim totum a liberalitate testatoris, estque titulus mere lucrativus: quam ob causam etiam separatur ab hæreditate, quæ onera quoque continet, & interdum damnosa est, *l. si hæreditatem 32. mandat. l. hæred. 119. de verb. signif.* Additum igitur generi est συγκατηγόρημα *quædam*, ut sciamus, genus hoc non simpliciter, sed quadantenus & ratione analogica speciei definitæ convenire. Neque quicquam hactenus contra legem aut modum definiendi. Vid. Gocl. *de trop. defin. can. 9. except. 1.*

A defuncto relicta) Directo scilicet & proxime a defuncto, non per interpositam mediam personam, ut excludatur fideicommissum; quod quidem etiam relinquitur a defuncto, sed ἐμμέσως, atque ita, ut relictum prius alteri quæratur, atque in hujus persona consistat. Videtur autem Tribonianus pro eo, quod est in definitione Modestini, *testamento relicta*, consulto usus verbo generaliore, *a defuncto relicta*, ut serviret constitutioni Justiniani de exæquatione legatorum & fidei commissorum, quæ est *l. 2. C. comm. de leg. & fide.* Post hanc enim exæquationem non numis legata, quam fideicommissa non testamento tantum, sed etiam ab intestato relinqui posse cœperunt, aut codicilis testamento non confirmatis: quod secus fuit jure veteri, quo legata tantum ex testamento valebant, §. *præt. 10. inf. de fid. hær.* Id quod Modestinus indicare voluit, & Florentinus significat, cum legatum sic describit, ut sit *delibatio hæreditatis*, (μεῖωσις κληρονομίας Basil. 44. *t. 1. c. 1.*) *qua testator ex eo, quo universum hæredis foret, cui quid collatum velit*, *l. leg. 116. in pr. de l. 1.* Eadem differentia indicatur ab Ulp. *inf. tit. de fid. §. 3. & 6.*

Ab hærede præstanda.) Hæc verba non agnoscunt Th. Cujac. Hotomann. Wesemb. Baro o sciolo aliquo adjecta, ac proinde inducenda putat. Et fatendum sane est, non esse hæc verba ad definitionem legati necessaria: quippe in qua quæritur, quid sit legatum, non a quo relinquatur, aut præstandum sit; quod pertinet ad executionem. Cæterum causam nullam admodum video, cur cum extent in vulgatis codicibus, deleri atque ex iis expungi debeant. Sæpe enim nostri latioris explicationis gratia quædam definitionibus adjiciunt, quæ ad essentiam rei definitæ non pertinent, ut videre est in definitione tutelæ *l. 1. de tut.* item furti, *l. 1. §. 3. de furt*, quod & hic factum videtur. Sed dixeris, vel ideo delenda esse, quia post exæquationem legatorum & fidei commissorum non tantum ab hærede, sed etiam a legatario legari potest. Ego vero nego, quod ita relictum est proprie legatum esse, licet concedam jure legati censeri: de quo nonnihil iterum infra *de fideic. hær. in princ.* Illa autem leviuscula sunt, ob quæ nonnulli clausulam hanc inducendam putant, primum quia legatum ab ipso testatore nonnumquam præstetur, *leg. Lucius 22. de legat 2.* deinde quod quæ legantur, recta dicuntur transire ad legatarium, *l. a Titio 64. de furt.* Nam ad primum quod attinet, constat, legatum omne sic relinqui, ut præstetur post mortem testatoris, & proinde ab hærede. Quod si testator antevertat, & ipse præstet, dum vivit, mutata voluntate testatoris, quod legatum erat, in donationem inter vivos, per *leg. hujusmodi 84. §. si Titio 11. de legat. 1.* Quod vero legatum recta a defuncto transire dicitur in legatarium, id tantummodo pertinet ad rei legatæ dominium: nam possessio nihilominus ab hærede patenda & præstanda est. Neque enim potest quisquam sibi jus in rem dicere, aut legatarius privata auctoritate occupare legatum: alioqui hæredi potestas est id revocandi interdicto quod legatorum, *l. 1. §. 2. quod legat.* de quo vid. Clar. §. *testamentum quæst. 68.* Peck. 1. *de test. conj. 48.* Christ. *vol. 4. decis. 36.* Sed & translatio illa dominii ficta potius est, quam vera, & ideo introducta maxime, ut legatarius post diem legati cedentem ad hæredem legatum transmittat, *l. 3. l. 4. quand. dies leg.* Porro notanda obiter triplex legati significatio. Nam & actum ipsum legandi denotat, ut hic & in definitionibus Modestini & Florentini, & nonnunquam titulum seu causam, ut *tit. pro leg.* Frequentissime autem designat rem ipsam legatam.

TEXTUS.

De antiquis generibus legatorum sublatis.

1. *Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo,*

modo, per præceptionem; & certa quædam verba cuique generi legatorum adsignata erant, per quæ singula ome- ra legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus Divorum Principum solemnitas hujusmodi verborum subla- ta est. Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cu- pientes, & non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus una sit natura; & quibuscumque verbis aliquid relictum sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem, & per hypothecariam. Cujus constitutionis perpensum mo- dum ex ipsius tenore perfectissime accipere possibile est.

NOTÆ.

2. *Certa quædam verba.*) Vid. Ulp. *tit.* 24. Cajum *lib.* 2. *tit.* Notæ juris, D. D. E. *Dare damnas esto.* Per præceptionem solummodo legatur uni ex hæredibus. Cajus *dict. lib. & tit.* §. *ult.* Th. hic. Formula: *Lucius Titius mihi ex parte hæres rem illam præcipito.* Hæc capiendi figura præceptio dicitur, prælegatum, & præcipuum, Græc. ἐξαιρέτα [illegible].

COMMENTARIUS.

1 *Pro formularum diversitate olim quatuor genera legatorum fuisse, non solum nominibus distincta, sed etiam natura & jure.*
2 *Primum Justinianum effecisse, ut omnium eadem vis esset, salva tamen manifesta voluntate defuncti.*
3 *Explicatur vetus differentia circa potestatem agendi inter legatum vindicationis & damnationis sublata constitutione Justiniani.*
4. *Hypothecariam beneficio Justiniani accepto ferendam, qua de re, adversus quos ea competat, aliaque nonnulla eodem pertinentia.*

P*Er vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem.*) His nominibus sic genera hæc distincta atque appellata fuerunt, a verborum formulis cujusque generis propriis, aut earum una aliqua. Per vindicationem his verbis legabatur: *Do, lego, capito, sumito, tibi habeto, vindicato.* Per damnationem ita: *Hæres meus damnas esto dare; dato, facito, hæredem meum dare jubeo.* Sinendi modo sic: *Hæres meus damnas est sinere L. Titium sumere illam rem sibique habere.* Per præceptionem uni ex hæredibus legabatur hac formula. *L. Titius mihi ex parte hæres illam rem præcipito, aut præceptam habeto.* In formula legandi per vindicationem & præceptionem verba testatoris ad legatarium diriguntur; in legato damnationis ad hæredem: in sinendi modo formula mixta videtur. Non tantum autem hæc genera verborum formulis, sed natura quoque & jure distincta fuerunt. Per vindicationem & præceptionem legari solum poterat res testatoris propria; sinendi modo etiam hæredis; per damnationem etiam aliena. In duobus prioribus, genere legato, aut duabus rebus disjunctim, electio erat legatarii: idque puto etiam obtinuisse in relicto sinendi modo: quia in hoc quoque genere verba executiva, ut loquuntur, diriguntur ad legatarium. In damnationis autem legato hoc casu electio erat hæredis. Quod per vindicationem relictum erat, petebatur actione in rem; quamquam eo nomine & in personam ex testamento agi poterat, quod per damnationem, in actione in personam ex testamento persequendum erat. Nomine quoque ejus quod sinendi modo relictum erat, non aliam actionem quam ex testamento competiisse, post Theoph. Bach. scribit: Cajus etiam vindicari potuisse, *lib.* 2. *h. tit.* §. *penult.* quod ego locum habuisse puto, num res testatoris propria hoc generi legati relicta esset. Quod per præceptionem cohæredi datum erat, eo nomine familiæ erciscundæ agebatur in cohæredes. Hæc fere, & quædam alia hujusmodi reperiuntur apud Ulp. *tit.* 24. Cajum *lib.* 2. *titul.* 5. Paul. 3. *sentent.* 6. Theophil. *hic.* Si cui vacat, etiam per me liceat, adeat Ant. Fab. 6. *conj.* 1. caute tamen. VINN. Recte Caj. interpretatur Vinnius. Si enim res propria hæredis vel testatoris alicui sinendi modo fuerat relicta, & legatarius eam vindicabat; tunc hæres non contra vindicare, nec dicere poterat: *Et ego ajo illam rem meam esse*: quia jussus erat sinere, ut legatarius rem sibi haberet. Præclare hoc observavit V. C. Anton. Schulting. *ad Caj. lib.* 21. *tit.* 6. §. 6. *pag.* 120. Cæterum septemdecim horum legatorum differentias ex jure antiquo erudite erutas exhibuit Merill. *Observ. lib.* 6. *c.* 32. *pag.* 175. NEIN.

Constitutionibus Divorum Principum verborum solemnitas sublata) Significatur *l. in legatis* 21. *Cod. hoc tit.* quæ una quidem constitutio est, sed trium Impp. Constantini, Constantii & Constantis, quos si singulos spectes, totidem dici possent Imperatorum constitutiones. Hi iidem Impp. etiam verborum solemnitatem & observantiam sustulerunt in institutionibus hæredum, & in amplectenda bonorum possessione, *l. quoniam* 15. *Cod. de testam. l. ult. Cod. qui admitt. ad bon. poss.*

Nostra autem constitutio) Est *l.* 1. *Cod. comm. de legat.* Sublata in legatis verborum solemnitate, etsi licebat aliis verbis, idem quod typica significantibus, in unoquoque genere uti, nec Latino tantum, sed etiam Græco, aut Gallico, aut cujuscumque alterius gentis sermone legatum relinquere, quod antea non licuisse pacta formularum verba arguunt, & testatur Ulp. *tit.* 25. §. 7. manebat tamen adhuc vetus naturæ & effectorum in singulis generibus diversitas: verbi causa, nihilo magis res aliena per verba vindicationis legari poterat, quam ante: aut legatum per damnationem relictum in rem actione peti. Hanc gentium differentiam primus sustulit Justinianus, omniumque legatorum unam voluit esse naturam, hoc est, unam omnium vim atque effectum, *d. l.* 1. *Cod. comment. de legat.* Quod si qua adhuc veteris discriminis vestigia in libris nostris tibi occurrent, scito, Tribonianum hæc per incuriam reliquisse, qui dum responsa Jurisconsultorum ad constitutionem Justiniani accommodare studuit, verba quidem hæc, *per vindicationem*, aut *per damnationem*, ubique sustulit: rem autem ipsam & effectum reliquit. VINN Id negari potest. Nam si ex. gr. in legato per vindicationem portio deficiens conjuncto accrescere dicitur, *l.* 16. §. *ult.* & *l.* 34. *ff. de leg.* 1. *l.* 31. §. 1. *ff. de statu lib.* Contra in legato per damnationem illa deficiens portio non accrescit conjuncto, *l.* 16. *pr. ff. de legat.* 1. *l.* 62. *de legat.* 2. Non itaque dicendum cum Cujacio *in Paratil. Cod. ad l. un. de cad. tollend. sub fin*, hanc differentiam non esse sublatam; sed Pandectarum compositores festinantius agentes vestigia omnia juris antiqui, quod Justinianus immutavit, non delevisse. Vid. Merill. *Variant. Cujac. lib.* 11. *cap.* 10. *pag.* 241. HEIN.

Non verbis, sed voluntatibus.) Ætiologia hujus exæquationis: quæ talis tamen est, ut quivis facile intelligat, Imperatorem noluisse quicquam statuere, aut

exæ-

exæquationem istam valere contra manifestam voluntatem testatoris. Quamobrem si testator, verbi causa, generaliter quid legaverit, aut hoc vel illud disjunctim, verbis executivis ad hæredem directis, non dubitarem respondere, in hujusmodi legato electionem tribuendam esse hæredi, cum DD. comm. & Zas. *in leg. legat.* 37. *num.* 22. *de legat.* 1.

Non solum per actiones personales) In *dict. leg.* 1. *Cod. comm. de legat.* utitur numero singulari. Intelligit autem actionem, quæ veteribus dicitur actio ex testamento, *l. servo* 79. §. *ult. l. non quocumque* 82. *in pr. leg. quæsitum* 91. §. *ult. de legat.* 1. *l. qui concubinam* 29. §. 3. *de legat.* 3. *l.* 6. *de in lit. jur.* §. *si res aliena* 6. *inf. eod.* Hæc actio in personam est ex obligatione. Nam cui legatum datum est, is de eo præstando obligatum habet hæredem, a quo relictum est. Obligatio est quasi ex contractu: quippe cum hæres adit agnoscit hæreditatem, intelligitur eam agnoscere cum sua conditione atque onere; scilicet ut præstet, quod testator injunxit, atque hoc facto quomodo cum legatariis contrahere videtur. §. *hæres* 5. *infr. de obligat. quæ quas. ex contr.* Ex quo apparet, tertium possessorem hac actione conveniri non posse, hæredem posse, etsi non possideat, *per actionem* 25. *de obl. & act.*

Sed etiam per in rem) Etiam olim legati obtinendi causa actio in rem prodita legatariis fuit, sed non omni legato; ut ecce, de eo, quod per vindicationem legatum erat, præter actionem in personam competebat etiam in rem seu rei vindicatio; de re per formulam damnandi legata una erat actio in personam, in rem non erat: quæ juris diversitas ex alio diverso inter hæc jure nascebatur; ex eo nimirum, quod rei per vindicationem legatæ dominium recta a testatore in legatarium transibat, *l. legatum* 80. *de leg.* 2. *l. a Titio* 64. *de furt.* Quod autem per damnationem relinquebatur, ejus rei dominium transibat ad hæredem, & in hoc tale legatum simile erat fideicommisso, quod ipsa formula evidenter ostendit, & quod etiam res aliena per hanc formulam recte legebatur. Jam vero certum est, actionem in rem omni domino competere, & soli, *l. in rem* 23. *in princ. de rei vind.* fierique consequens, ut in qua specie ad obligationem hæredis accedit dominium legatarii, ibi legatario non tantam personalis, sed etiam in rem actio detur; ubi autem sola hæredis obligatio locum actioni facit, ibi non alia, quam in personam actio competere possit. Ex constitutione vero Justiniani etiam pro legato damnationis consequendo actio in rem legatario datur: quippe jure legatorum omnium exæquato, tam ex legato damnationis, quam vendicationis dominium rei legatæ recta ad legatarium transit. Illud forte aliquem turbabit, quod eidem ejusdem rei nomine duæ contrariæ actiones conceduntur, quarum altera intendat sibi dari oportere, altera se dominum esse contendat, contra §. *sit itaque* 14. *infr. de act.* Respondent nonnulli, speciale hoc esse in legatario, propterea quod tantum jure civili dominus factus sit, non etiam jure gentium, quod non placet. Nihil enim refert, quo jure dominium agenti quæsitum sit, *dict. leg. in rem.* 24. *de rei vind.* & in promptu alia responsio est, descendere nimirum hasce actiones ex diversis causis; in personam ex obligatione hæredis; in rem ex jure dominii, quod statim a morte testatoris in legatarium transfertur: quamobrem agentem legatarium actione personali ex testamento, petentemque ut res sibi detur, non considerari ut dominum, sed tantum ut creditorem, qui hæredem quasi ex contractu sibi obligatum habet. Rursus agentem in rem non considerari ut creditorem, sed ut dominum rem suam ab hærede, non ut obligato, sed ut possessore vindicantem: nam & contra alios possessores sic in rem ageret. Concursus autem duarum harum actionum non cumulativus est, sed electivus, hoc est, non ita simul competunt, ut liceat experiri utraque, sed ut una, utra legatarius velit; una autem electa, altera consumitur, *l. cum filius* 76. § *variis* 8. *de legat.* 2. *l. hujusmodi* 84. §. *ult. l. si servus* 108. §. 2. *de legat.* 1. Porro ut legati nomine etiam in rem actioni locus sit, ponendi sunt termini habiles: primum, ut legata sit certa species aut corpus; neque enim quantitate, aut nomine legato, vindicatio locum habere potest: deinde ut res, quæ legata est, propria testatoris fuerit: nam quod testatoris non est, id ab eo non potest recta transire ad legatarium, *l. nemo plus juris* 54. *de reg. jur.*

Et per hypothecariam) Priores duæ actiones etiam veteribus, secundum ea quæ diximus, in usu fuerunt. Hypothecaria, de qua hoc loco, tota beneficio Justiniani accepto ferenda est. Nam quod legimus apud Papinianum, legatarios causam pignoris habere, *l.* 4. §. 1. *de separ.* id, ut locus ipse indicat, *Junct. l.* 1. §. *sciendum* 3. *eodem tit.* accipiendum est de specie pignoris Prætorii, quod jure separationis creditores hæreditarii in bonis defuncti habent, & post hos in eo quod superest legatarii, qui separationem impetraverunt. Agi potest hac actione hypothecaria in quascumque res a defuncto relictas, adversus quosvis earum possessores. Ajo, a defuncto relictas, siquidem non res hæredis propriæ, sed hæreditariæ ex hac causa pignori sunt legatariis ex dicta constitutione Justiniani. Neque tamen in his rebus numeranda videtur res testatoris, quæ legata sit: quippe quæ statim fit legatarii: rei autem nostræ pignus non consistit, *l. neque pignus* 45. *de regul. jur.* Actionem hypothecariam cum personali cumulari posse, receptum est, Mynf. 1. *observ.* 58. Charond. 1. *respons.* 22. cum vindicatione autem adversus eumdem cumulari non posse tradit Bald. *in auth.* contra *num.* 11. *Cod. ad Sc. Trebell.* sed Cyn. *in d. l.* 1. *num.* 10. *Cod. comm. de legat.* etiam harum cumulationem admittit; quem sequitur Bachov. in *Treutl. vol.* 2. *disp.* 13. *thes.* §. Utut sit, certi juris est, actiones, quæ se invicem non consumunt, successive intentari posse, nimirum ut etiam post sententiam in una latam, altera in judicium deducatur: ratio autem non patitur, ut per hypothecariam aut actio in personam consumatur, aut rei vindicatio: ut proinde simpliciter verum esse non possit, quod nonnulli simpliciter tradunt, tres hasce actiones elective concurrere, non cumulative: sed nec pignus liberari debitore ad solvendum condemnato responsum est, *l. quamvis.* 8. *Cod. de pign.* Illud pene supervacuum monere; actionibus hisce locum non esse, nisi adita ex testamento hæreditate. Nam si hæreditas adita non fuerit; nihil eorum, quæ testamento scripta sunt, valet, *l. si nemo* 9. *de testament. tut. l. eam* 19. *Cod. de fideicomm.* nisi forte testator voluerit scripturam testamenti etiam pro codicillis valere, sive quod testamento relinquitur etiam ab hæredibus legitimis præstari, *l. ex ea scriptura* 29. §. 1. *qui teste fac. l. ex testamento* 29. *C. de fideicomm. l. ult.* §. 1. *Cod de codicill.* de quo plura Jas. *in d. leg.* 13. & post eum Sichard. *num.* 6. 7. & *q.* Don. *n.* 9. & *seqq.* Illud in transitu monere non inutile visum, actionem hypothecariam, quam Justinianus pro lega-

legatis aut fideicommissis concessit, ex constitutione ipsius inter plures hæredes ipso jure divisum esse, *d. l.* 1. *in fin. C. comm. de legat.* quod speciale est, & contra ordinariam naturam actionis hypothecariæ, quæ alias semper individua est, *l. rem hæred. 65. de evict.* introductum. Ac proinde hoc non obtinebit in hypotheca aut pignore expresso, quod testator legati aut fideicommissi nomine constituit, *l. non est mirum 26. de pign. act.* cum in dubio credendum sit, testatorem se conformare voluisse ad jus commune, *l. ult. C. de verb. signif.* Atque hic intelligimus, etiam post hanc constitutionem Justiniani adhuc utiliter pignus testamento constitui, add. Christ. *v. 3. dec. 37. n. 3. & 4.* Donellus tamen nihil in hoc putat esse singulare, *in d. l. 1. n. 12.* VINN. Atque de cumulatione actionum frustra quæritur, si ex principiis juris Romani decidenda sit quæstio. Nam id jus comulationem ignorare, & ab ea plane abhorrere videtur, *l. 6. de except. rer. jud.* Nec contrarium liquet ex *l. 1. §. 4. de edendo & l. 12. §. 1. ff. de acqu. verb. amitt. poss.* quarum altera ad primam editionem; altera ad mutationem actionis pertinet. Poterat itaque actor duas edere actiones, protestatus, ex altera se velle consequi, quod se contingat, potest & relicta actione petitoria ad possessorium confugere, sed non duas actiones cumulare. Totum id jus ex jure canonico videtur proficisci, quod praxis sequitur. Cæterum hæc docet, frequenter cumulari actionem personalem ex testamento & hypothecariam, (modo non agatur adversus tertium possessorem, contra quem ex testamento agi nequit), non autem rei vindicationem & hypothecariam, quum alterutra sufficiat. HEIN.

TEXTUS:

Collatio legatorum & fideicommissorum.

3. *Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem; fideicommissis autem, quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum pinguiorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia: sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum; & si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura. Sed ne in primis legum cunabulis permixtim de his exponendo studiosis adolescentibus quamdam introducamus difficultatem, operæ pretium esse duximus, interim separatim prius de legatis, & postea de fideicommissis tractare: ut natura utriusque juris cognita, facile possint permixtionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.*

NOTÆ.

3. *Pinguiorem naturam indulgentem*) Vid. Ulpian. *d. tit.* 25. Caj. *lib. 2. tit. 7.* Theoph. hic.

Necessarium esse duximus) *l. 2. comm. de legat.*

Nulla sit inter ea differentia) Scil. in ipsa re. Ait enim, se non verbis, sed rebus leges imponere, *dict. leg. 2.* Itaque essentialis differentia legati & fideicommissi sublata non est: sed quod verbis directis & imperativis legis modo est relictum, adhuc legatum; & quod precariis, fideicommissum est. Sed neque ea differentia sublata, quam facit manifesta voluntas testatoris: cujus rei exemplum habemus §. *infr. de sign. reb. per fideic. rel.*

COMMENTARIUS.

1 *Auctorem exæquationis legatorum & fideicommissorum itidem esse Justinianum.*
2 *Cur stricta legatorum natura, & quibus cancellis circumscripta fuerit?*
3 *Cur pinguior ac laxior fideicommissorum, & quibus in rebus?*
4 *Exæquatione hac non esse sublatam utriusque relicti differentiam essentialem.*
5 *Quando amplius fuerit in legato, quam in fideicommisso?*

Superiore §. didicimus, legata omnia inter se exæquata esse, hic docetur ea etiam omnia & in omnibus exæquata esse fideicommissis, hoc est, communicatam ac confusam invicem etiam legatorum omnium & fideicommissorum naturam. (1) Auctor hujus exæquationis itidem Justinianus est *l. 2. C. comm. de legat.* quod hoc loco expresse profitetur. Et verum esse vel ex eo liquet, quod veteres inter legata & fideicommissa differentiæ, quas Ulp. *in fragm.* & Cajus *l. 2.* commemorant, certe maxima earum pars usque ad tempora Justiniani permanserunt. Quamobrem dubitandum non est, quin illud, quod apud Ulpian. *t. 1. de legat.* 1. legimus, *per omnia exæquata esse legata fideicomm.* Triboniano acceptum ferri debeat, qui verba Ulpiani interpolando ea traxerit ad constitutionem Justiniani, jam triennio fere ante editionem Pandectarum evulgatam. Etenim concessu Principis hanc potestatem compilatores Pandectarum habuerunt, ut pro arbitratu suo & adjicere quædam & detrahere scriptis veterum possent, *l. 1. C. de vet. jur. enucl.* Idque in plurimis locis ab iis factum esse animadvertere licet. Vid. Govean. *1. var. lect.* 29. Duar. 2. *disp.* 9. Donell. 8. *comm.* 2. Baron. Hotomann. Wesemb. *hic* Covarr. *in cap. Rainaldus* §. 1. *n.* 3. *x. de testam.* Aliter & diversimode hoc expediunt Cujac. 8. *observ.* 4. Rævar. 3. *var.* 4. Robert. 2. *sent.* 23. quorum explicationes etsi non probo, confutare tamen nolo, quia res non meretur ullam operam. Illud autem monendi sumus, hanc legatorum & fideicommissorum exæquationem pertinere tantum ad fideicommissa specialia, quibus scilicet res singulæ relinquuntur; ad universalia sive ad hæreditates fideicommissarias non pertinere. Is enim, cui ex fideicommisso restituitur hæreditas, hæredis loco habetur. De quo uberius *infr. de fideicomm. hær.*

Stricte concludentem) Id est, strictam legatis naturam attribuentem, eaque cogentem intra verborum ac formularum angustias: & voluntates testantium juris subtilitati subjicientem. (2) Quippe in legatis, utpote quæ ex legibus & jure civili ortum ducebant, certis quibusdam & solemnibus ac præscriptis verbis utendum erat, sicut & in hæredis institutione, nec aliis verbis relicta valebant: quæ verba idcirco legitima & civilia dicebantur, *leg. 7. de vulg. & pupill. leg. ult. C. de testam.* qualia sunt: *do, lego, capito, sumito, habeto, hæres meus damnas esto dare, hæredem meum dare jubeo.* Atque ad hæc verba, quoniam fere imperativa sunt & legislationis propria, respexit Ulpian. *in fragm. hoc tit.* legatum definiens, quod legis modo relinquitur. Cæterum prisca illa & præcisa verborum observantia jam ante Justinianum sublata fuit, ut intelleximus *in §. pr.* Voluntas quoque testantis cancellis quibusdam in legando circumscripta erat. Siquidem legatum relinqui non

non poterat nisi in testamento aut codicillis testamento confirmatis, §. praeterea, 10. infr. de fideicomm. hæred. Cajus lib. 2. tit. 7. Præterea legatum relinqui non poterat ante hæredis institutionem, nec post mortem hæredis, nec a legatario aut fideicommissario, sed a solo hærede, §. ante, 34. & seq. infr. eod. & tit. de singul. reb. per fideic. rel. in princ. Ulpian. hoc tit. §. post mortem, 16. & §. a legatario, 20. Cajus d. tit. 7. Denique verba legatorum stricte accipiebantur, neque in his, si perspicua erant & minime ambigua, facile admittebantur conjecturæ, aut quæstio voluntatis, leg. ille, 25. §. 1. de legat. 3.

(3) *Ex voluntate magis descendunt*) Quam ex lege, aut certo jure. Quod significat Ulpian. *in fragm. tit. de fideic.* cum ait, *fideicommissum non ex rigore juris civilis proficisci, sed ex voluntate dari relinquentis.* Proinde in fideicommissis parum referebat, quibus verbis relicta esset, modo certa esset testatoris voluntas *l. cum virum*, 16. *C. de fideic.* adeo ut fideicommissum non minus Græco, quam Latino sermone recte relinqueretur, *l. 11. in princ. de lega.* 3. Ulpian. *d. tit.* §. *item Græce* 9. Hoc amplius etiam nutu fideicommissa posse relinqui placebat, *l. nutu*, 21. *d. tit.* Denique in interpretatione verborum fideicommissi, etsi ea minime obscura essent, magis tamen voluntas, quam verba, spectabatur, & conjecturis nihilominus erat locus, *d. l. 16. C. de fideic. l. quisquis*, 95. *de legat.* 3.

Pinguiorem naturam indulgentem) Non ea adstringentem verborum formulis, nec voluntatem relinquentis coercentem intra rigorem juris civilis, laxioremque longe & benigniorem interpretationem in fideicommissis, quam in legatis admittentem. Unde nihil eorum, quæ legatum vitiasse diximus, oberat fideicommisso. Poterat & ab intestato relinqui, & codicillis testamento non confirmatis. Poterat relinqui & ante hæredis institutionem & post mortem hæredis. Poterat & a legatario & a fideicommissario, ut supra allegata simul docent. Erant & aliæ quædam inter legata & fideicommissa differentiæ, quarum Ulpian. *tit.* 25. & Caj. *lib.* 2. *tit.* 7. meminerunt. Nobis hic omnes referri curæ non fuit. VINN. In his præcipua videtur, quod quibus legari non poterat, iis fideicommitti posset. §. 1. *Inst. de fideic. hær.* Hinc deportatis, orbis, in cælibatu viventibus legari non poterat; quum posset fideicommissum relinqui, immo & Latinis, quum hi legatum non caperent, nisi intra centum dies jura Quiritium impetrarent. Ulpian. *tit.* 17. §. 1. & *tit. XXV.* §. 7. Unde omnino apud Ulpian. *tit.* 25. §. 6. legendum videtur: *Fideicommissa dari possunt his, quibus legari non potest.* Hoc jus enim ante Ulpianum mutatum esse nondum constat. HEIN.

Ut nulla sit incerta differentia) Hoc est, ut una sit eorum natura, ut jam non amplius sicut olim diversa eorum vis sit ac potestas. Hoc enim exæquare est; alterius vim ac naturam alteri communicare: quemadmodum hoc Imperator ipse mox explicat & in *d. l.* 2. *Cod. comm. de legat.* Itaque nunc legata æque ac fideicommissa & ab intestato, & nutu, & a legatario, &c. relinqui poterunt, ac fideicommissa & voluntas legantis servabitur. (4) Quod ideo monendum putavi, ne quis putet hac exæquatione essentialem harum rerum differentiam sublatam esse, & quod verbis directis ac imperativis relictum est, etiam fidei commissum factum, & contra quod precario, legatum: quod esset absurdum. Nam voluntas testatoris legatum aut fideicommissum facit & discernit. Ac proinde etiam adhuc fieri potest, ut aliquo casu dissimilem hæc necessario effectum habeant, ne quid fiat contra voluntatem defuncti: quam non evertere, sed conservare Justiniano propositum fuit. Cujus rei exemplum habemus in legato & fideicommisso libertatis, §. penult. *infr. de sing. reb. per fideicomm. rel.* Quinque alias differentias refert Giphanius, quas existimat post exæquationem nostram adhuc relictas; sed perspicuo errore, nec digno qui confutetur.

Si quid amplius est in legatis) Mutua igitur est hæc exæquatio. (5) In legatis hoc amplius erat, quam in fideicommissis, quod aliquando, & scilicet legata re testatoris propria, dominium recta in legatarium transibat, ex fideicommisso numquam; item quod pro obtinendo legato comparata erat legatario ordinaria actio ex testamento, aut quo casu dominium translatum erat, etiam rei vindicatio: de fideicommissis una tantum competebat extraordinaria persecutio. De quo dicendum amplius *infr. tit. de fideicomm. hær.* §. 1. Cæterum etiam hanc differentiam sustulit Justinianus & fideicommissa vice mutua in his rebus exæquavit legatis, ut jam iisdem quoque actionibus, quibus legata, peti possint, *l. 1. & 2. Cod. comm. de leg.*

Separatim prius de legatis, & postea de fid.) Hinc est, quod Justinianus in progressu aliquando ita differit, tanquam inter legata & fideicommissa quædam adhuc differentiæ obtinerent, quas tamen certum est eum una cum cæteris sublata voluisse. Veluti *in* §. *præterea* 10. *infr. de fideicomm. hæred.* ubi ait, legata nisi ex testamento non valere. Et *in pr. tit. de signif. reb. per fid. rel.* sic loquitur, quasi a legatario etiamnum legari non liceret.

TEXTUS.

De re legata. Et primum de re Testatoris, hæredis, aliena, cujus non est commercium.

4. *Non solum autem testatoris vel hæredis res, sed etiam aliena legari potest, ita ut hæres cogatur redimere eam, & præstare, vel si eam non potest redimere, æstimationem ejus dare. Sed si talis sit res, cujus commercium non est, vel adipisci non potest, nec æstimatio ejus debetur: veluti si quis campum Martium, vel basilicas, vel templa, vel quæ publico usui destinata sunt, legaverit. Nam nullius momenti tale legatum est. Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat, alienam non esse, non si ignorabat. Forsitan enim si scivisset, alienam rem esse, non legasset, & ita Divus Pius rescripsit. Et verius est, ipsum, qui agit, id est legatarium, probare oportere, scivisse alienam rem legare defunctum: non hæredem probare oportere ignorasse alienam. Quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.*

NOTÆ.

Cujus commercium non est) Ejus rei, quæ absolute commercio exempta, legatum prorsus inutile est: cujusmodi sunt quæ hic & in *l.* 39. §. 8. & *seqq. eod.* 1. memorantur. Sed nec earum rerum legatum regulariter consistit, quæ ædibus juncta sunt, *l.* 41. *cum.* 2. *seqq. eod.* Quid si vel testator, vel hæres commercium rei non habeant? Resp. Si legatarius habeat, utile esse legatum, *leg.* 49. §. 3. *eodem* 2. fac. *leg.* 54. *de verb. obligat.* sin minus non

non valere, *d. l.* 49. §. 2. *d. l.* 34. Non obſtat *l.* 115. §. 5. *eod.* 1. neque *l.* 11. 5. 16. *eod.* 3. illa tibi quod reſpondeas ipſa ſubminiſtrat; in hac agitur de legato militiæ, cujus natura æſtimatio continetur, *d. l.* 49. §. 1. in *l.* 40. *eod.* delenda videtur ſecunda negatio: alioqui abundant, *cujus commercium legatarius non habeat*. Cujac.

Legatarium probare) Hoc idem iiſdem verbis Marcian. tradit *l.* 21. *de prob. ſac. l.* 23. *Cod. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Quarum rerum legatum conſiſtat, aut non conſiſtat.*
2. *Legem duodecim Tabularum non impedire, quominus res aliena legari non poſſit. Et nunc jus Canonicum.*
3. *Quid juris ſit in legato rei communis? Quæſtio ſubtilis & elegans.*
4. *Effectus legati rei alienæ.*
5. *Legatum rei ſimpliciter exemptæ commercio, aut uſibus Principis deſervientis. prorſus inutile eſſe. Ut & regulariter earum rerum, quæ ædibus junctæ.*
6. *Rei exemptæ commercio certæ perſonæ legatum valere, ſi legatarius commercium habeat: ſin minus, ſecus: ſubjecta pleniſſima ſolutione omnium quæ obſtare videantur.*
7. *Quid juris: ſi feudum legatum ſit?*
8. *Legatum rei alienæ, niſi ſingulari conjectura adjuvetur: cur demum valere placeat, ſi teſtator ſciverit, alienam eſſe? & cur legatario ejus rei probatio incumbat.*

INchoatur hic tractatio de rebus, quæ legari poſſunt, aut non poſſunt: qui locus maximam hujus tit. partem occupat, nec eſt ſine multiplici diſtinctione prævius. (1) Primum hoc in genere teneamus, non ſolum res ſpeciatim ſic dictas, ſed etiam facta legari poſſe, ut qui juſſus eſt facere, parere debeat: nec ſolum res corporales, ſed etiam incorporales, puta uſumfructum, ſervitutem, nomen. Deinde poſſe legari non modo res, quæ actu ſunt in rerum natura, verum etiam quæ futuræ ſperantur: quæ non ſunt, nec eſſe poſſunt, earum legatum inutile eſſe. De quibus omnibus accuratius agemus ſuis locis. Porto intereſt, utrum res legata ſit in commercio, an non ſit: & ſi extra commercium, utrum ſimpliciter atque in totum, ut ſunt res publicæ, ſacræ, ſanctæ, religioſæ, liber homo; quarum rerum legatum nullius momenti eſt: an vero res talis ſit certo reſpectu, & vel ob ſpecialem circumſtantiam commercio exempta, cum alioqui per ſe & conditione ſua ſint in commercio, cujuſmodi ſunt marmora, columnæ, tigna ædificiis juncta, quæ inutiliter itidem uno atque altero caſu excepto legantur: vel exempta commercio, quorumdam, non omnium, ut mancipium Chriſtianum, cujus commercium non habent Hæreticus, Judæus, Paganus, *tit. C. ne mancip. Chriſt.* item militia, hoc eſt, officium alicujus eorum, qui in aliqua ſchola ſeu ordine inter ſtatutos relati ſunt, ex quo ſalaria a Principe conſequuntur: cujuſmodi officiorum conſtat quoque non omnes jure capaces eſſe. Vid. Cujac. *in leg.* 3. §. *ſi quid minori* 7. *de minor*. Sic prædii provincialis cum aliis commercium eſt, cum præſide non item. Atque hujus generis res aliquando utiliter, aliquando inutiliter legantur: de quo uberius paulo poſt. Quæ res legata in commercio eſt, ea vel eſt teſtatoris propria, vel non eſt: & hæc iterum vel hæredis, vel legatarii, vel tertii alicujus, vel in hoc argumento ſpecialiter dici ſolet res aliena. De re hæredis ſcriptum hic eſt, eam non minus quam rem teſtatoris legari poſſe: neque ullam hoc dubitationem habet: adeo ut hujuſmodi legatum valeat, etiamſi teſtator exiſtimaverit rem ſuam ſe legare, *l. unum* 67. §. *ſi rem* 8. *de legat.* 2. De re legatarii legata diſtincte dicetur *infr. ſub* §. *ſed ſi rem* 10. De re aliena hic itidem traditum eſt, eam utiliter legari: cum ea tamen diſtinctione, quam legatum rei teſtatoris aut hæredis propriæ non recipit, poſtremo illud quoque generaliter tenendum eſt, nullius eſſe momenti legatum earum rerum, quæ legatæ nihil emolumenti aut commodi legatario afferunt, quamvis ſint in commercio; de quo etiam inferius præcipitur diligentius *ſub* § *ex contrario* 14.

Sed etiam aliena) Etiam res aliena legari poſſe, ſemper conſtitit; & poſſe, etiam difficilis earum partitio ſit; ut ait Juriſconſultus *l. cum ſervus* 39. §. *conſtat* 7. *de legat* 1. (2) Nec obſtat lex duodecim Tabularum, quæ tantum de ſuo legandi poteſtatem facit, *l. verbis* 120 *de verb. ſignif.* Nam qui legat rem alienam, de ſuo legare intelligitur. Oneras enim hæredem, ut rem redimat, & redempta præſtet. Olim hoc proprium fuit legatorum, quæ per damnationem relinquebantur: ſicut indicat *l. qui quatuor* 30. §. *ult. de legat.* 3. & expreſſe teſtatur Ulpian. *in fragm. ſub tit. de legat.* Hodie autem licebit in hac re etiam verbis legati vindicationis propriis uti, ut puta, *do lego*, aut ſimilibus. Sed & rem hoſtium legari poſſe placuit, ſi modo in ea cauſa ſit, ut aliquo caſu emi poſſit, & jure commercii comparari, *l. ab omnibus* 104. §. 2. *de legat.* 1? Ejus rei, quæ apud hoſtes eſt, bello ſcilicet capta, legatum omnimodo conſiſtit jure poſtliminii, *leg.* 9. *l. ſi ſervus* 98. *eodem*. An autem jure quoque Canonico legatum rei alienæ valeat, dubitatur propter *cap. filius*, *x*, *de teſtam.* ubi videtur ejuſmodi diſpoſitio improbari. Covarruvias putat, ſpeciem *dict. cap.* eſſe ſingularem, quod res alterius Eccleſiæ legata proponeretur ſepulturæ cauſa: & ideo extra ſpeciem illic propoſitam etiam jure Pontificio alienæ rei legatum conſiſtere: & ita quoque Mantic. 9. *de conj. ult. vol.* 10. Fachin. 5. *controv.* 38. At enim negari non poteſt, quin Pontifex in *dict. cap.* oſtenderit, ſibi diſplicere rei alienæ legatum, cum id magis *ſæculi legibus* quam *legi Dei* convenire ſignificet. Quamobrem Dom. Tulden. *hic cap.* 5. fatetur quidem, improbari a Pontifice hanc juris civilis diſpoſitionem: cæterum cum eam expreſſe non abroget, merito eam adhuc obtinere debere contendit: maxime cum probabili nitatur ratione, prolixius indulgendi ſupremis hominum deſideriis, & eo tantum pertineat, ut hæres rem a domino redemptam, aut eo nolente vendere, juſtam rei æſtimationem legatario præſtet. Crediderim, Pontificem opinionis errore deceptum putaſſe, rei alienæ legatum legibus ſæculi ita ſuſtineri, ut nam rem, velit nolit, dominus ſuo pretio vendere teneatur: nam ut hæres aut redemptione rei alienæ, aut pretii illius præſtatione oneretur, conſtat, legi divinæ minime repugnare. (3) Quæſitum eſt, quid juris ſit in legato rei communis? Finge teſtatorem fundum Sejanum, quem cum Titio communem habebat, legaſſe Sempronio non adjecta portione. Res dubitationem non habet, ſi teſtator ſic dixerit *fundum meum*. Hic enim portionem tantum deberi, id eſt, partem, quæ teſtatoris fuit, non alienam, diſerte reſpondet Paul. *l.* 5. §. *ult. de legat.* 1. & addit hoc conſtare, ut oſtendat, certi juris eſſe, non controverſi. Quippe & verba & mens teſtatoris hic pro hærede faciunt: Verba, quia *fundum meum* recte interpretamur, quatenus meus eſt: nam meum recte dicitur, quod pro parte

te

re meum est, *l. in re communi 26. de serv. præd. rub. l. si quis 74. de legat.* 3. *l.* 2. *de condit. instit.* quamvis totum meum esse non recte dicatur, *l. recte 25. de verb. signif.* Mens testatoris, quia etiamsi res dubia esset, non facile crederetur testator onerare hæredem suum voluisse necessitate redimendi, *l. unum 67. §. si rem* 8. *de legat.* 2. Sed dubitatur, si testator non dixerit, *fundum meum*, aut *qui meus est*, sed simpliciter fundum sibi cum alio communem legaverit, utrum totus debeatur, an ea tantum portio, quæ testatoris fuit. Accursius existimavit, totum deberi, quoniam legatum rei alienæ, quam testator scivit alienam esse, valet, & in proposito fundus, si in totum esset alienus, totus deberetur. Quod & Donello visum in *l.* 10. *C. de legat. n.* 2. Sed contrariam sententiam, quam probant Barthol. Bald. Jason. Angel. Zas. Duar. in *d. l.* 5. §. *ult. de legat.* 1. Mantic. 9. *de conj. ult. vol. tit.* 1. *n.* 12. veram esse existimo, partem tantum deberi. Quippe longe diversa ratio est in casu proposito rei in totum alienæ & pro parte meæ. Si res legata tota aliena est, non potest videri testator revocasse modum legati ad partem aliquam suam, quam nullam in ea re habet; nullaque alia conjectura capi potest, quam voluisse legare totam. At cum pars tantum testatoris fuit, omnino credibile est, eum potius de sua illa parte cogitasse, quam voluisse hæredem suum ita onerare; ut partem alienam redimat; quæ conjectura efficacissima est, *l. unum*, 67. §. *si rem*, 6. *de legat.* 2. *leg. Sticho*, 36. *in fin. de usufruct. legat.* Eamdem rationem habet, quod in specie fundi vectigalis legati responsum est, non videri proprietatem legatam, sed jus, quod in eo testator habuit, *l. si domus*, 71. §. *ult. de leg.* 1. facit *lex* 24. *de instruct. vel instruct. l.* 30. §. 4. *de legat.* 3. Plane si testator nominatim dixerit, se legare fundum Sajanum *totum*, vel *omnem*, responderem, utramque partem, & tam alienam, quam testatoris debere, *arg. l. Juliano*, 68. *in princ. de legat.* 3. Fusius hanc quæstionem tractat *lib.* 2. *select. quæst. cap.* 26.

Si eam non potest redimere, æstimationem ejus dare) (4) Effectus legati rei alienæ hic est, ut hæres eam rem teneatur redimere & præstare, aut si redimere non possit, quod dominus eam vel nolit vendere, vel non nisi immodico pretio vendere velit, justam æstimationem inferre, *l. si domus*, 71. §. 3. *de legat.* 1. *l. non dubium*, 14. §. *ult. l. qui quatuor*, 30. §. *ult. de legat.* 3. & competit legatario eo nomine actio personalis ex testamento. In rem hoc casu competere non potest, quoniam fieri nequit, ut re aliena legata, dominium ejus rei recta a morte testatoris ad legatarium transeat. Hæc vero ita obtinent, si testator rem alienam legavit sciens; secus est si ignorans, ut paulo post audiemus.

(5) *Si talis sit res cujus commercium non est, nec æstimatio debetur*) Ejus rei, quæ simpliciter atque absolute extra commercium est, legatum inutile prorsus atque inane est, ut nec æstimatio debeatur. Cujus generis sunt res sacræ, sanctæ, religiosæ, usibus publicis destinatæ, *l. cum servus*, 39. §. *pen. de legat.* 1. Idem est, si legata sit res, quæ usibus Principis deservit, veluti horti Salustiani, fundus Albanus, aut prædia, quæ in patrimonio Cæsaris sunt: quippe quarum rerum commercium non est sine jussu Principis, & furiosi est talia legata adscribere, *d. l. cum servus*, §. *antep. & ult.* Sed neque earum rerum legatarum regulariter consistit, quæ ædibus junctæ sunt, ut puta columnæ, marmora, tegulæ, aut alia id genus: quamobrem nec his rebus legatis æstimatio debetur, *l. cætero*, 41. *cum* 2. *leg. seqq.* *dict. tit.* Excipiuntur duæ causæ, harum etiam legati tum valere placet, quarum una est *in d. l. cætera §. sed si quis*, 5. altera in *l.* 11. §. *si quis illicite*, 14. *de leg.* 3. nimirum quia in utraque ea specie cessat ratio, ob quam hæredes legari, aut negotiandi causa eximi prohibentur, quæ hæc est, ne ruinis deformetur aspectus publicus, *l.* 2. *C. de ædific. priv.* Hæc omnia liquida sunt & cunctis probata. (6) Quod si certæ alicujus personæ commercio res exempta est, refert, testatoris aut hæres sit, an legatarius. Si testator, utile nihilominus est legatum, si legatarius commercium habeat: nam & utilis est stipulatio, si rei in stipulatum deductæ commercium habeat stipulator, licet promissor non habeat *l. multum*, 34. *d. verb. oblig.* Idemque est, si hæres non habeat, legatarius habeat: neque enim hic persona hæredis, utpote a quo res mox abitura est, considerari debet. Textus est in *l. mortuo bove*, 49. §. *sed Proculus*, 3. *de legat.* 2. Hæc quoque extra dubitationem posita sunt, & usu, uti & superiora, recepta. Grot. 2. *manud.* 22. *vers. pen.* Quod si legatarius commercium non habeat, traditum est, legatum non valere, *d. l. mortuo bove* §. 2. cui simile est, quod is, qui rei commercium non habet, eam inutiliter stipulatur, *d. l.* 34. *de verb. oblig.* & quod donari non potest, quod donatario acquiri non potest, *cap.* 9. §. *ult. de donat.* ἀδύνατον χαρίσασθαι ἀνθρώπῳ ἀπρακτα πράγματα, ut ibi Græci. Cæterum non est hoc æque expeditum ac præcedentia. Nam primum obstare videtur, quod responsum est, militia servo alieno legata, domino æstimationem deberi, modo testator sciens eam servo legaverit, *l.* 11. §. *si servo*, 16. *de legat.* 3. Atqui servus militiæ capax non est. Respondeo, servis ademptam esse totius juris civilis communionem. Sed sciendum, testamenti factionem cum servis ex persona dominorum introductam, ut proinde si domino militia relinqui potuit, & servo possit, atque in persona servi ipsi domino relicta videatur, *leg. non minus*, 31. *de hæred. inst.* Eo fit, ut si testator servo alieno militiam legaverit, legatum utile sit, & æstimatio, quæ natura legati militiæ continetur, *d. l.* 49. §. 1. *de legat.* 2. debeatur domino, qui militiæ commercium habuit. Utique si testator non ignoraverit servum esse: nam si liberum putavit, scriptum est *in d. l.* 11. §. *si servo*, 16. denegari fideicommissi petitionem, addita hac ratione, quia si scivisset servum, non reliquisset. Itaque nec ad dominum quicquam illo casu ex legato aut fideicommisso redire voluit, reperiturque res relicta ei soli, qui commercium ejus non habet. Quod distinctionem nostram confirmat. Secundo refragari putatur *lex si filiusfam.* 114. §. *si quid alicui*, 5. *de legat.* 1. Sed hic locus ipse tibi quod respondeas subministrat. Ait Jurisconsultus, *si quid aliud licite fuerit relictum, quo ipse quidem propter corporis sui vitium, vel propter qualitatem relicti, aliamve probabilem causam, habere non potest, alius tamen habere potuit, æstimationem deberi.* Proponitur legatum licite relictum: ergo relictum capaci, non ei, cui commercium rei relictæ interdictum est. Nemo enim dicet, prædium provinciale licite legari præsidi, aut mancipium Christianum Judæo. Proponitur relictum ei, qui casu aliquo & probabili ex causa rem habere non potest, non ei, qui jure capere prohibetur. Finge surdo, muto, aut cæco militiam legatam aut per fideicommissum relictam, hoc casu æstimatio debetur: at non deberetur, si ea res relicta esset incapaci, *arg. d. l.* 11. §. *si servo*, 16. *de legat.* 3. Postremo hic objicitur *lex sed si res*, 40. *de legat.*

leg. 1. qui locus plus difficultatis habet: scriptum enim illic expresse est, utile esse fideicommissum, & æstimationem deberi etiam eo casu, quo fideicommissarius jus possidendi non habet. Donellus *in dict. l. multum*, 34. *de verb. oblig.* distinguit inter impedimentum possidendi & incapacitatem legatarii, vultque, aliud esse non habere jus possidendi, aliud non habere rei commercium. Verum ista distinctio locum habet: ubi quæstio est de conditione personæ legatarii, non de capacitate ejus aut incapacitate, ut jam intellectum est. Robertus 3. *animad.* 11. & alii, interesse putant, scilicet ignoraverit testator legatarium, sive fideicommissarium incapacem esse an ignoraverit; priore casu æstimationem deberi, posteriore non item. Non displicet, quod Cujacius *in d. l. multum*, 34. contendit redundare in *d. l. sed si res*, 40. secundam negationem, eamque demendam, ut hic sit sensus, æstimationem deberi, si res, cujus commercium legatarius non habet, ab eo per fideicommissum relinquatur ei, qui commercium ejus rei habet. Quæ sententia verissima est. Nam persona legatarii in hujusmodi specie quasi subducitur, perindeque habetur, ac si fideicommissum recta ab hærede relictum esset: estque casus hic simillimus ei, qui proponitur in *d. l. mortuo bove*: 49. §. *pen. de legat.* 2. Secunda autem negatione retenta fit scriptura inepta, & illa abundant, *cujus commercium legatarius non habet*. Quid enim refert, legatarius, a quo res per fideicommissum relicta est, commercium ejus rei habeat, nec ne, si fideicommissarius habeat: aut non habeat jus possidendi? Non placet hæc confidentia Cujacii Duareno in *dict. l. sed si res*, 40. Sed cui placere poterit Duareni explicatio, verba illa, *cui jus possidendi non est*, referentis ad legatarium, qui Duareno idem est ac ille, cui per fideicommissum relinqui dicitur? Quis non videt, tunc totum illud, *cui possidendi jus non est*, abundare? Existimat autem Duarenus, in quæstione proposita distinguendum esse ex ratione juris veteris inter legatum & fideicommissum. Legatum rei, cujus legatarius commercium non habet, eo jure inutile esse: fideicommissum, in quo benignior admittebatur interpretatio, utile, atque ex eo existimationem fideicommissario deberi. Argumento esse, quod in iis locis, ubi negatur deberi æstimatio, agatur de legato, ut in *d. l. mortuo bove*, 49. *de legat.* 2. §. *pen.* contra ubi æstimatio dicitur deberi, de fideicommisso, ut *in d. l.* 11. §. *si servo*, 16. *de legat.* 3. & *d. l. si filiusfam.* 114. §. *si quid alieni*, 5. *de legat.* 1. Bachovius etiam, qui idem in hac re quod Duareno sentit, non inelegantem sibi hujus differentiæ rationem reddere videtur, nimirum quia legatum recta transit in legatarium, fideicommissum primo consistit in persona ejus, a quo relinquitur. Ego vero non magni hæc æstimo. Nam si tam insignis hoc in casu differentia fuisset inter legata & fideicommissa, utique ejus meminisset Ulpianus & Cajus *sub tit. de fideicomm.* ubi harum rerum differentias, si non omnes, saltem plerasque & præcipuas recensent. Quin contra ex Ulpiano didici, legatum damnationis, de quo fere hic quæritur, & fideicommissum ejusdem esse hactenus naturæ, ut eædem res, quæ per unum relinqui possunt, possint & per alterum, *dict. tit. de fideic.* §. 4. Sed nec magis ex legato damnationis dominium recta in legatarium transit, quam ex fideicommisso; ex quo apparet, rationem illam differentiæ, quam Bachovius profert, non esse usque adeo elegantem. (7) Quid si feudum legatum sit? Hinc æstimationem deberi negant Gail. 2. 2. *observ.* 154. *num.* 13. Fachin. 5. *controv.* 37. Vultej. 1. *de feud. cap.* 9. *num.* 72. Petr. Greg. 42. *syntagm.* 32. Ajunt Peregrin. *de fideicomm. art.* 12. *n.* 103. & *seq.* Matthæus. *lib.* 2. *epit. legat. cap.* 19. *num.* 4. Quorum sententia probabilior videtur Bachovio *in Treutl. vol* 2. *disp.* 13. *thes.* 5. Sed prior apud nos obtinet, sive testator de suo fundo disposuerit, non interveniente domini consensu, D. Grot. 2. *manud.* 40. sive de alieno, nisi aliunde liquido constet, testatorem & æstimationem præstari voluisse, uti supremam apud Mechlinenses Curiam censuisse refert D. Christin. *vol.* 6. *decis.* 28.

Si sciebat alienam rem esse) Non semper res aliena legata debetur: sed ut superius diximus, interest, utrum quis rem alienam legans sciverit rem alienam esse, an ignoraverit: si scivit, debebitur, si ignoravit, non item, *l. cum alienam*, 10. *Cod. hoc tit. leg. unum*, 67. §. *si rem*, 8. *eod.* 2. quod etiam nunc docet Imperator, addita hujus rei ratione, *forsitan enim*, inquit, *si scivisset alienam rem esse, non legasset.* (8) Sed unde illud colligimus, testatorem legaturum non fuisse? Ex eo nimirum, quod nemo facile credendus sit, hæredem suum onerare voluisse redemptione rei alienæ, *d. leg. unum*, 67. §. *si rem*, 8. *leg. Sticho*, 36. *in fin. de usufruct. leg.* Atque hic intelligere licet, distinctionem illam ad rem hæredis legatam non pertinere, sed eam omnino deberi, etiamsi testator eam suam existimans legaverit; nempe cui rei legatæ dominium apud hæredem est, tam facile eam hæres præstare potest, quam rem quæ defuncti fuit, *dict. leg. si unum* §. *si rem.* Plane aliquando conjectura voluntatis efficit, ut etiam res aliena legata indistincte debeatur; veluti si relicta sit personæ proximæ, puta parenti, uxori, alicui ex cognatis, aut amico singulari, aliive tali personæ, cui verisimile est testatorem quovis modo legaturum fuisse, *d. l.* 10. *C. eod.* quod ad legata in piam causam relicta tradunt Tiraq. *priv. piæ caus.* 66. Vasquesi *lib.* 3. *de success. progr.* §. 17. *num.* 41.

Legatarium probare oportere) Quia fere in casu legati rei alienæ quæstio inter hæredem & legatarium nasci solet, dum ille contendit ignorasse defunctum rem alienam esse, hic contra scivisse; quod porro aliud dubium parit, utri scilicet necessitas incumbat probandi, hæredine ignorasse defunctum, an legatario scivisse: ideo Imperator, quid in hac re juris esset simul definire voluit. Ait autem ab hærede nullam in proposito probationem exigi, legatarium probare oportere, scivisse defunctum rem alienam esse, adjecta hac ratione ex notissima juris regula, *leg. actor*, 23. *Cod. de probat. leg.* 7. *Cod. de edend.* quia necessitas probandi incumbit ei, qui agit: qui hic legatarius est, non hæres. Hoc idem iisdem & verbis & Marcianus tradidit, *leg. verius*, 21. *de probat.* Accedit tamen huc etiam alia ratio, eaque fortior, quod hæres præsumptione juris adjuvatur, quæ, etsi actoris partes hæres sustineret, onus tamen probandi rejiceret in legatarium, *leg.* 8. & 9. *eod. tit.* Plane potest hoc jus ex circumstantiis variari: nam si apud alium rei legatæ possessio sit, neque in ea defunctus quicquam juris habuit, aut sibi asseruit, magna causa est præsumendi pro legatario, scivisse defunctum rem alienam esse, add. Gomez. 1. *resol.* 12. *num.* 13. Christin. *vol.* 4. *decis.* 32. *num.* 5. & *seqq.*

TEX-

TEXTUS.

De re pignorata.

5. *Sed & si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet hæres eam luere. Et in hoc quoque casu idem placet quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat hæres, si sciebat defunctus rem obligatam esse, & ita C. Severus & Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluerit legatarium luere, & hoc expresserit, non debet hæres eam luere.*

NOTÆ.

5 *Si rem obligatam*) Fac. *l.* 57. *de legat.* 1. *l.* 15. *de dot. præl. l.* 6. *C. de fideicomm.*

Hæres eam luere) In *dict. leg.* 15. *liberare*. Luere est pignus solutione vel satisfactione liberare.

Et hoc expresserit) In testatoris certa, & expressa voluntate conjecturis non est locus, *leg.* 33. *eodem*.

COMMENTARIUS.

1 *Doctrinæ hujus §. non obstare quod alibi traditur, si res certa legata sit, talem dari debere, qualis est,*
2 *Interdum etiam tunc cum testator nescivit rem obligatam esse, hæredem eam luere debere, & quibus casibus?*
3 *Quid juris sit pegnore distracto?*

(1) RES pignori obligata quodammodo aliena est, utpote cujus pretium nobis absit, quod pro ea liberanda præstari cogimur, *arg. l. Labeo*, 14. *de verb. signif.* unde & pignoris obligatio species quædam alienationis habetur, *l. ult. C. de reb. alienand.* Atque hic est, quod in re pignori obligata idem placet quod in re aliena, ut quemadmodum hæres rem alienam legatam cogitur redimere, ita & rem pignori obligatam quæ legata sit, luere, id est, nexu pignoris liberare, soluta creditori pecunia, *hoc text. l. si res*, 57. *de legat.* 1. *leg. licet*, 15. *de dot. præl. l. prædia*, 6. *C. de fideic.* Non obstat, quod alibi traditur, si res certa legata est, talem dari debere, qualis est, verbi causa, si fundus, qui legatus est e servitutem debet, eum cum servitute recte præstari, *l. servo*, 69. §. 3. *de legat.* 1. si servus statu liber legatus est, statu liberum recte dari; *l. servum*, 44. §. *pen. & leg. seq.* §. *ult. eod.* Nam hoc quod de re testatoris legata dicitur, ad rem alienam aut ex parte alienam non pertinet, qualis merito habetur res opposita pignori quoad quantitatem æris alieni. Eadem ratione responsum est fundo legato, cujus ususfructus alienus est, hæredem hunc usumfructum redimere debere; quoniam scilicet & in usufructu res legata videtur, nam etsi ususfructus non in parte, sed in jure consistit, emolumentum tamen rei continere, & ideo instar obtinere portionis, *leg. Mævius*, 66. §. *pen. cum filius*, 57. §. *dominus*: 2. *de legat.* 2. Plane si quis prædium legavit obligatum pro annuo reditu, hoc casu non esse cogendum hæredem prædium liberare, post Joann. Fab. D. Tuldenus [illegible] cap. 11. annoravit, & ita observari ait [illegible] ejusmodi onera plerumque perpetua sunt, instar servitutis rei inhærentia, ut proinde non sit præsumendum, testatorem cogitasse de liberatione. *Decis. Cur. Holland.* 11. *in fin.*

Ita demum, si sciebat defunctus) Si ignorabat, valet quidem adhuc legatum: cæterum tunc res a legatario luenda est, *dd. leg.* (2) Duo sunt casus, quibus placet, etiam tunc cum ignoravit defunctus rem obligatam esse, hæredem pignus luere debere. Unus, si testator eam rem vel aliam non minoris pretii æqui legatarius fuisset, si scisset obligatam, *dict. leg. si res*, 57. *de legat.* 1. *dict. leg. prædia*, 6. *Cod. de fideicomm.* de quo constare poterit, si vel testator id aliquando aperte professus sit, aut si rem conjunctæ personæ legaverit, ut supra in re aliena, *arhum. leg. cum alienam*, 10. *Cod. de legat.* Alter casus est, cum debitum exæquat aut superat pretium rei pro eo obligatæ: quoniam hoc casu legatarius ipse rem liberans nihil reliqui habiturus esset, atque inani legato, quod verisimile non est defunctum voluisse, ludificaretur, *dict. leg. si res*, 5§. *in princ.* ubi ita legendum est, *vel nisi non potest aliquid esse superfluum exsoluto ære alieno*: ut editiones Roberti Stephani, Petri Baudozæ, & nonnullæ aliæ habent, & in sua notat Jul. Pacius, non ut vulgo, *vel potest aliquid esse superfluum*, &c. Nam hac lectione retenta, hic Jurisconsulti fuerit [illegible]ut recte Fachin. *lib.* 12. *controv.* 43. quotiescumque plus est in re legata, quam in debito, pro qua obligata est, hæredem eam luere debere: etiam ubi nescivit testator obligatam esse: quod & verum esse existimat Fachin. *dict. loc.* & D. Thuelden. *hic cap.* 11. Atqui tunc regula convertenda erit, quoniam rarissime fit, ut creditores pignus accipiant, cujus æstimatio non superet quantitatem crediti. Donellus 8. *comm.* 19. alium sensum vulgatæ lectionis affingit, nimirum cum debitum excedit pretium rei legatæ, quam testator obligatam nesciebat, pro ea quantitate, quæ rei pretio respondeat, legatarium luiturum: cæterum quod restat adhuc exsolvendum, ut pignus in totum liberetur, id ab hærede præstandum: quam interpretationem verba ista, *si potest esse aliquid superfluum exsoluto ære alieno*, minime ferunt. (3) Illud hic monendi sumus, tunc solum hæredem posse pignus luere, cum id nondum a creditore legitime distractum est: Distracto pignore res in priorem speciem rei alienæ legatæ incidit, utpote dominio pignoris jure in alium translato, *leg. non est novum*, 46. *de acquir. rer. dom. leg. ultim. Cod. si vend. pign. agat.* Proinde hoc casu id superest, ut hæres aut redimat, aut si redimere non possit, æstimationem ejus præstet; nisi contraria defuncti voluntas ab hærede ostendatur, *d. l. prædia*, 6. *C. de fideic.* VINN. Quum versatissima sit *lex* 57. *ff. de legat.* 1. Stephani autem & Baudozæ lectio etsi violenta videatur, nec præsidium in vetustis Codicibus Manuscriptis reperiat; omnino videtur Donelli sententia liquidissima. Ponit primo Ulpianus regulam bimembrem. Si testator scivit, rem obligatam, tunc hæres luit, nisi alio animo fuerit. Sin nescivit testator, tunc luit fideicommissarius. Jam sequuntur exceptiones aliquot ad posterius membrum pertinentes: (1) nisi vel hanc, vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset. (2) *vel potest aliquid esse superfluum exsoluto ære alieno*, idest, nisi exsoluto ære alieno nihilominus aliquid superfluum manet, quod solvendum, e. g. usuræ diu non solutæ, tunc id quod solvendum superest, ab hærede solvendum. Ad hunc casum etiam pertinent verba sequentia, in quibus frustra Ant. Fab. *lib.* 11. *Conj. cap.* 10. & Donell. *lib.* 8. *cap.* 19. pro *noluerit legunt voluerit*. Qua emendatione non opus esse, si versiculus ille ad hunc casum referatur, jam ostendit Osvv. Hillig. Donell. *Enucl. ibid. litt. Q.* HEIN.

Voluerit legatarium luere, & hoc expresserit) Ratio manifesta est, quia in certa voluntate testatoris conjecturis non est locus: sed simpliciter standum est voluntati defuncti, *leg. si pluribus*, 33. *de legat.* 1.

T E X T U S.

De re aliena post testamentum a legatario acquisita.

6. Si res aliena legata fuerit, & ejus rei vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest; si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione, vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est, duas lucrativas causas in eumdem hominem & eamdem rem concurrere non posse. Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res ei debeatur, interest, utrum rem an æstimationem ex testamento consequutus sit. Nam si rem habet, agere potest, quia habet eam ex causa lucrativa: si æstimationem, agere potest.

N O T Æ.

Proditum est duas lucrativas, &c.) Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenit, *leg.* 27. *de oblig. & act.* fac. *leg.* 108. §. 4. *de legat.* 66. §. 1. *eod.* 2. *l.* 83. §. 6. *de verb. oblig. l.* 61. *de solut.* Ratio est, quia cum creditoris jam res esse cœperit, in eum casum devenit obligatio, a quo incipere non potuit, §. 10. *infr. eodem*, §. 2. *infr. de inut. stip.* §. 4. *infr. de act.* Diversa ratio est causæ onerosæ: quia cui pretium abest rei, adhuc res ipsa abesse videtur, *leg.* 44. *de verb. signif.*

COMMENTARIUS.

1 *Distinctionem hoc §. traditam locum habere etiam cum res legata mortuo testatore ad legatarium pervenerit.*
2 *Duorum causarum lucrativarum in eamdem rem & personam concursum esse speciem liberationis, & quo eo pertineat?*
3 *Quid si eodem res eidem sæpius legata sit eodem testamento?*
4 *Quid si eadem quantitas eidem legata, vel unius testamento vel duorum?*
5 *Si duorum testamentis eadem res relicta sit, eum, qui rem nactus est, posse ex altero adhuc æstimationem petere: non contra & cur tam varie?*

SI res legata tempore facti testamenti legatarii fuit, legatum inutile est, ut docetur *infr.* §. *sed si rem*, 10. Quod si eo tempore aliena est, & legatarius postea ex alia causa dominium ejus nactus sit, placet inspiciendum esse, quali ex causa nactus sit, ex onerosa, an lucrativa: Si ex causa onerosa, actione ex testamento eum agere posse, & pretium consequi: contra, si ex lucrativa, non posse, propter regulam, quæ definit, duas causas lucrativas in eamdem rem & personam concurrere non posse: quam statim explicabimus. Causa onerosa est, ex qua rem ita accipimus, ut pro ea aliquid vicissim præstemus: quod accidit in emptionibus & permutationibus. Dotis etiam causa onerosa intelligitur, *l. ex promissione*, 1. *de obl. & act.* Lucrativa causa est, propter quam accipienti nihil abest, quales sunt legatum, fideicommissum, donatio, *l.* 4. §. *si quis*, 29. *de dol. mal. exc. leg. inter*, 93. §. *si rem*, 6. *de vera obligat. leg. in perpetuum*, 61. *solut. l. unic.* §. *lucrativus. Cod. de imp. lucrat. descript.*

Si res aliena legata fuerit.) Ab eo scilicet, qui sciebat, rem alienam esse: alioqui legatum inutile est, nisi singulari conjectura voluntatis sustineatur, ut ostensum supra in explicatione §. 4.

(1) *Vivo testatore*) Exempli causa hoc dictum putant Glossa & Doctores, idemque obtinere, quamvis id contigerit testatore mortuo, quibus assentior. Nam etsi hæreditatem aditam ponamus, ex quo hæres debitor efficitur; idem tamen dicendum esset, nempe hæredem liberari, si antequam rem redimere & præstare posset, ea ex alia causa lucrativa ad legatarium pervenerit, juxta regulam generalem traditam, ih *leg. omnes*, 17. *de oblig. & act.* Proinde frivolum est, quod objicit Bachovius, diem legati cedere a morte testatoris. Sed quid si legatarius eamdem rem iterum vivo testatore alienaverit, an legatum convalescet? Negant communiter Doctores. Sed ego subsisto propter *leg. non quocumque*, 82. *in princ. de legat.* 1. qui locus arguere videtur, cum effectu obligationem in proposito non extingui, nisi die legati cedente, dominium rei adhuc apud legatarium existat.

Ex causa emptionis, &c. pretium consequi potest, *l. plane*, 32. §. *quod si*, 7. *de legat.* 1. add. *l. si a substitutio*, 45. *l. hujusmodi*, 84. §. *qui servum*, 5. *eod. tit.* & quidem si rem totam emit, aliove oneroso titulo acquisivit, pretium totius; non totam, sed partem, pretium partis, quam emit, consequeuur, *d. l. non quocumque*, 82. §. 3.

Duas causas lucrativas in eumdem hominem & eamdem rem) Definitio generalis, cui locus est non tantum, si ex causa legati aut fideicommissi res debeatur, *l. si servus*, 107. §. *Stichum*, 4. *de leg.* 1. *l. Mævius*, 96. §. 1. *de legat.* 2. *l. nutu*, 21. §. 1. *de legat.* 3. sed etiam si ex aliis causis similiter lucrativis, *d. l. omnes*, 17. *de oblig. & act. l. inter stipulantem*, 83. §. *si rem*, 6. *de verb. oblig. l. in perpetuum*, 61. *de solut.* Est enim duarum lucrativarum causarum circa eamdem rem & personam concursus species liberationis, *d. l. omnes*, 17. *de oblig. & act.* quæ ut ego existimo, referenda est ad eas causas, in quibus res incidit in eum casum, unde incipere non potuit, §. 2. *infr. de inutil stipul.* (2) Cum enim res, quæ ex lucrativa causa debetur, ad creditorem pervenit ex alia causa lucrativa, cœpit res ejus esse, ut jam amplius ejus fieri non possit, §. *sic itaque*, 14. *infr. de act.* Dices, idem contingere, si res ad creditorem pervenit ex causa onerosa: cur igitur pariter hoc casu non accidit, ut alius liberetur, qui eamdem rem ex causa lucrativa debet? Nimirum quia cum ea causa onerosa creditor rem nactus est, licet domini jure non minus quam si ex causa lucrativa nactus esset, rem habeat; emolumentum tamen non videtur habere, ideoque nec ad eum pervenisse secundum veterum doctrinam, quia sic definiunt, rem abesse videri ei, cui pretium abest, *l. Labeo*, 14. *de verb. signif.* Porro locus est propositæ regulæ, si certa res sit aut species, quæ debeatur: nam si certa quantitas aut summa bis, verbi causa, legata sit, non potest dici eamdem rem deberi, *l. plane*, 34. §. 3. *de leg.* 1. *l. Titia*, 87. *de leg.* 2. quamvis, si ab eodem, multiplicatio legati non præsumatur, *d. l. si plane*, 34. §. 4. Exigit regula, ut ea species ad creditorem pervenerit, *d. l. omnes*, 17. *de oblig. & act.* quæ verba cum effectu accipienda sunt, si sic pervenerit, ut sit mansura: alioqui

si sic

si sic pervenerit, ut sit mansura: alioqui si in ea causa sit, ut avocari possit, aut ea lege legata, ut alteri restituatur, definitio locum non habet, *l. non quocumque*, 82. *in princ.* & §. 1. *de lehat.* 1. *l. in perpetuum*, 61. *de solut.* fac. *l. aliud*, 71. *de verb. signif.*

(5) *Si ex duobus testamentis eadem res*) Ait, *duobus*, id est, *duorum testamentis*. Nam si eadem res eidem sæpius legatur eodem testamento, amplius quam semel peti non potest, sufficitque, vel rem consequi vel rei æstimationem, *l. plane*, 34. §. 1. *de legat.* 1. Quippe sæpius idem legando non ampliat testator legatum, *l. si alii*, 42. *de usufr.* nec tam legasse sæpius, quam sæpius locutus creditur, *l. Mævius*, 66. §. *eum*, 5. *de legat.* 2. *leg. si tibi*, 86. §. 1. *de legat.* 1. nisi manifeste constet ampliandi legati causa sæpius legasse; ut in hac specie: Duos qui scripsit hæredes, & damnavit unumquemque solidum legatario præstare; hic idem esse responsum est, atque si duobus testamentis legatum esset, *l. quid ergo*, 53. §. 2. *de legat.* 1. (4) Ait *eadem res*, id est, *eadem species*, *idem corpus*; nam si eadem quantitas eidem duorum testamentis relicta sit, puta centum aurei, solidum legatum ex utriusque testamento peti potest: quamvis si in eodem testamento non aliter placeat legatum sæpius præstandum, quam si legatarius doceat testatorem multiplicare summam voluisse; præsumitur enim potius repetiisse legatum, quam voluisse multiplicare, *d. l. plane*, 34. §. 3. nisi forte diversis scripturis legaverit, puta testamento & codicillis: tunc enim nisi hæres contrarium ostendat, legatum duplicatum præsumitur, *l.* 12. *de probat.* & ibi Glossa & communiter Doctor. Duaren. *ad l. plane*, ubi occurrit argumentis Zasii hanc distinctionem impugnantis: aut si variaverit testator modum legandi in quantitate vel qualitate, conditione, tempore, loco, vel causa: nam & tunc ampliasse legatum creditur, nisi contrarium doceatur, per *l. cum centum*, 9. *de adm. leg.* Baldus, Castr. Raphael. Jas. *in d. l. plane* §. 1. Gomez. 1. *resol.* 12. *num.* 38.

(5) *Utrum rem, an æstimationem*) Igitur quod scriptum est *in d. l. plane*, 34. §. 2. si duorum testamentis mihi eadem res legata sit, bis petere me posse, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero æstimationem, id cum distinctione accipiendum est, ut si prius æstimationem ex altero consecutus sim, ex altero rem adhuc petere possim: non autem, ut possim de æstimatione agere, si rem antea consecutus fuero: eoque jure utimur, Grot. 2. *manud.* 22. Non obstat huic distinctioni *l. hujusmodi*, 84. §. 2. *de legat.* 1. ubi per exceptionem repelli dicitur, qui pretium rei legatæ accepit. Nam in specie *d. l.* hæres Titius id dumtaxat legasse intelligitur, quod ipse in re legata habuit, videlicet jus per biennium retinendi, ut eo legato nihil præter commodum repræsentationis contineatur. Rationem propositæ distinctionis suppeditat *l. tantum*, 88. *de verb. signif.* ubi docet Jurisconsultus, eum, qui rem habet, & æstimationem habere intelligi: contra qui æstimationem habet, non videri habere rem ipsam; re enim æstimationem contineri, æstimatione rem non contineri; ut proinde si is, qui rem habet, æstimationem petat, id petere intelligatur, quod jam habet: qui æstimationem adeptus est, si rem petat, id petere, quod non habet. Ad hæc etiam affectio ad rem esse potest supra æstimationem, *l. si in adoptionem*, 35. *de minorib.*

TEXTUS.

De his, quæ non sunt in rerum natura.

7. *Ea quoque res, quæ in rerum natura non est, recte legatur, veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt; aut quod ex illa ancilla natum erit.*

COMMENTARIUS.

1. *Purumne sit legatum, de quo hic agitur, an conditionale?* & *plenius num.* 2.

QUÆ in rerum natura non sunt nec actu, nec potentia, frustra & inutiliter legantur, veluti si hippocentaurus legetur, aut homo, qui mortuus sit: quemadmodum & stipulatio harum rerum inutilis est, §. 1. *infr. de inut. stip.* fac. *l. servus*, 108. *qui quinque*, 10. *de legat.* 1. Quod vero in rerum natura nunc quidem non est, sed futurum est, aut futurum speratur, legari potest, licet fieri possit, ut actu in rerum natura numquam existat; veluti si fructus legentur, quæ in fundo Tusculano nascentur, vel quod ex Arescula natum erit, aut insula in flumine nascitura, *leg. quod in rerum*, 24. *in princ. de legat.* 1. *l. etiam ea*, 17. *de legat.* 3. *l.* 1. §. *ult. de cond.* & *demonstr.* Cujusmodi tamen rerum legatum olim per damnationem tantum relinqui potuisse docet Cajus *lib.* 2. *instit. de legat.* §. 3. De eo quæritur, purumne sit hujusmodi legatum, an conditionale? Dicendum est pro puro haberi, quoad transmissionem; pro conditionali, quoad obligationem: cum Gloss. & DD. communiter *ad leg. cum illud*, 25. §. 1. *quand. dies legat. eod.* Gomez. 1. *resol.* 12. *num.* 24. quod mox perfectius intelligetur.

Fructus, qui in illo fundo) Ille casus huc non pertinet, quando quis simpliciter legat certam quantitatem frumenti, vini, aut olei, quæ omnino præstanda est; sed quando legantur fructus aut certa quantitas fructuum, qui nati erunt in hoc vel illo fundo, puta hoc modo, *fructus qui nascentur in fundo Tusculano, hæres dato*, vel sic expressa certa quantitate, *centum amphoras vini ex eo, quod natum erit in fundo Semproniano, hæredem meum dare jubeo*, *d. l. quod in rerum*, 25. *de leg.* 1. *l.* 5. *de trit. vin. leg.* (1) Ex his autem legatis, si nihil natum sit, nihil debetur: si non tantum quantum legatum, non amplius debetur, quam quantum natum est, proinde quasi testator per modum taxationis legasset, *si hoc tantum natum fuerit*, *d. l.* 3. *de tritic. leg.* 8. §. 2. *de leg.* 2. Et hoc est, quod Pomponius significat, cum ait inesse hujusmodi legatis conditionem, *l.* 1. §. *ultim. de cond.* & *demonstr.* ex natura nimirum ipsius rei, *l. interdum*, 73. *in princ. de verb. oblig.* extrinsecus, non ex testamento venientem. Hujusmodi autem generis conditiones, cum non impediant, quominus dies legati a morte testatoris cedat, mortuoque, licet nondum natis fructibus, legatario, spes legati transmittatur ad hæredem, *l. cum illud*, 25. §. *ult.* junct. *l.* 6. §. 1. *quand. dies leg.* inde dictum est, tales conditiones non facere legata conditionalia, *l. conditiones*, 99. *de cond.* & *demonstr.* quia nimirum præcipuus hic est legatorum conditionalium effectus, ut non transmittantur pendente conditione, *l.* 4. *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg.* Non obstat *l. cum ita*, 16. *eod. tit.* loquitur enim de legato alternativo & tali specie, in qua duplex est dubium, & quid nasciturum, &

quid hæres electurus sit. Nondum autem edito partu, electioni locus non est. Utique vero legatum futurorum fructuum, earumque rerum, quæ postea nascentur, pro conditionali hactenus habentur, ut nulla eo nomine obligatio, aut actio esse intelligatur, antequam res natæ sint, & tunc demum actio incipiat, cum per rerum naturam præstari possunt, *dict. leg. interdum*, 73. *de verb. obligat.* Obiter & illud hic monendus es, non pertinere huc legatum certæ quantitatis fructuum, etiamsi fundus adjectus sit, non taxationis, sed demonstrationis causa, eoque casu integrum legatum deberi, etsi ex fundo tantum percipi non possit, *l. Lucius*, 12. *de alim. leg.* l. *l. Taula*, 27. §. *ult. de legat.* I.

TEXTUS.

De eadem re duobus legata.

8. *Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim, si ambo perveniunt ad legatum, scinditur inter eos legatum, si alter deficiet, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat:* Titio & Sejo hominem Stichum do, lego: *Disjunctim ita*, Titio hominem Stichum do, lego: Sejo hominem Stichum do lego. *Sed & si expresserit* eumdem hominem Stichum, *æque disjunctim legatum intelligatur.*

NOTÆ.

8. *Si alter deficiat, totum ad collegatarium*) Si plures sint vel conjuncti, vel disjuncti, pars deficiens omnibus accrescit ex æquo. Si permixti conjuncti & disjuncti, conjuncti in parte conjunctorum cæteris antefeŕuntur, disjunctorum partes accrescunt omnibus, sic tamen, ut conjuncti unius personæ potestate fungantur, *l.* 34. *eod.* 3. *l. un.* §. 10. *C. de cod. toll.* Conjunctis autem accrescit cum onere, disjunctis sine onere; illis non nisi volentibus, his etiam invitis, *d. l. unic.* §. 11.

Titio & Sejo hominem Stichum do, lego) Hi re & verbis conjuncti, dicuntur, *l.* 142. *de verb. signif.* Quod si testator adjecerit, *æquis partibus*, tum verbis conjuncti erunt dumtaxat, *d. l.* 142. *d. l.* 69. inter quos tamen & ipsos juri accrescendi datur locus, ut evincitur *d. l.* 89. nam jus prælationis, quod illic eis tribuitur, necessario præsupponit jus accrescendi.

Disjunctim) Separatim, pluribus orationibus. Sunt tamen & hi conjuncti respectu rei, ad quam vocantur; unde & re conjuncti dicuntur; triplex enim conjunctio est, *dict. l.* 142. *d. l.* 89.

COMMENTARIUS.

1. *Quid sit jus accrescendi?*
2. *In hæreditatibus id jus valere ex necessitate: unde ea necessitas, & quis ejus effectus?*
3. *Deficientium hæredum portiones quibus pro qua parte accrescant?*
4. *Valere idem jus & in legatis, sed ex sola præsumpta voluntate testatoris: unde dissimilia effecta, & quæ?*
5. *Vetus inter genera legatorum circa jus accrescendi differentia.*
6. *Juris accrescendi locum non esse, nisi inter conjunctos; & genera conjunctorum exposita.*
7. *Qui hic & passim disjuncti dicuntur, eos & ipsos vere conjunctos esse, & num.* 10.
8. *Quibus pro quanta parte defecta pars collegatarii accrescat?*
9. *Inter legatarios diversarum rerum jus accrescendi non esse.*
10. *Singulos tam conjunctorum, quam disjunctorum diversa consideratione, recte & totum habere dici & partes.*
11. *Quid sit partes ab initio facere, notato Gothofredo & Goveano?*
12. *Locus Ulpiani in* l. plane, 34. §. si conjunctim, 9. de legat. I. *expositus, rejecta interpretatione Ant. Fabri.*
13. *An partem faciat, qui e conjunctis tempore testamenti mortuus est, aut incapax?*
14. *An conjuncti post obitum testatoris mortui portio conjuncto accrescat?*
15. *An inter verbis conjunctos jus accrescendi locum habeat?*
16. *Quibus argumentis probari videtur, verbis conjunctos re conjunctos non esse; quibus item contra?*
17. *Communis sententiæ, quod etiam inter verbis conjunctos jus accrescendi valeat, plenissima defensio.*
18. *Quid hic juris apud nos, & quid in legato alimentorum?*

(1) TAngitur hic disputatio de jure accrescendi, qua nulla in toto jure nostro creditur esse, vel subtilior, vel perplexior. Jus accrescendi est, quod deficientium hæredum ejusdem hæreditatis, aut collegatariorum ejusdem rei portiones adjiciuntur iis, qui suam portionem agnoverunt. Appellatione hæredum & bonorum possessores intelligimus, *l.* 3. §. *ult. de bon. poss.* junct. *l. hæreditatis*, 38. *de verb. signif.* & *l.* 2. *dict. tit. de bonor. possess.* & eos quoque, quibus ex fideicommisso restituta est hæreditas, *l. Papinianus*, 43. *cum l. seq.* §. 1. *l. antep. ad Senatusc. Trebell. l. si totam*, 83. *de acquir. hæred.* Gomez. 1. *resol.* 1. *num.* 19. Appellatione legatariorum etiam fideicommissarios singulares & donatarios mortis causa, *leg. ultim.* §. *unic. Cod. de cad. toll.* Valet hoc jus in hæreditatibus ex necessitate. (2) Necessitas nascitur ex duobus juris principiis: unum hoc est, *Neminem hæreditatis sibi delatæ partem semel quæsitam repudiare posse*, *l.* 4. *Cod. de rep. hæred.* Alterum, *Neminem ejusdem hæreditatis, quæ alium hæredem non habet, partem habere posse, partem repudiare*: l. 1. & *l.* 2. *de acquir. hæred. l. quidam*, 20. *C. de jur. del. l. unic.* §. *his ita*, 10. *C. de caduc. toll.* Quin nec ipsum testatorem hoc jus in hæredibus prohibere posse, demonstravimus supr. in §. *hæreditas*, 5. *de hær. inst.* Si vero non prohibuerit, interpretatione jus etiam quasi ex voluntate ejus inducitur tamquam ex tacita substitutione, *leg. si Titio*, 62. §. 1. *de lexat.* 2. Vid Osval. Hillin *in notis ad* Donellum *lib.* 7. *cap.* 12. & 26. (3) Ergo qui ex aliqua parte hæres extitit, sive ex testamento, sive ab intestato, ei invito etiam & ignoranti deficientium portiones accrescunt, *leg. hæredi*, 32. *l. qui ex duabus*, 53. §. 1. *de acquir. hæred. l.* 9. *de suis & leg. hæred.* & accrescunt semper cum suo onere, æris scilicet alieni & legatorum, *d. l. unic.* 1. *his ita*, 10. *Cod. de cad. toll.* Si plures sint, qui portionem suam agnoverunt, defectæ partes accrescunt omnibus, qui agnoverint, si omnes conjuncti aut disjuncti sint, sin promiscue conjunctim disjunctimque instituti, aut ab intestato vocati, deficientis disjuncti portio omnibus, conjunctim solis conjunctis accrescit ex tacitata voluntate testatoris aut legis. Accrescit vero singulis non ex æquo, sed pro portionibus hæreditariis; & in

& in distributione, si permixtim instituti sint disjuncti & conjuncti, placet, conjunctos unius potestate personæ fungi, ut non plus universi auferant, quam singuli disjuncti, *l. plane*, 34. *in princ. de legat.* 1. *d. l. unic.* §. *his ita*, 10. Eademque ratio est hæredum legitimorum, cum alii conjunctim seu nomine collectivo, alii separatim vocantur: quod fit, cum quidam in stirpes, alii in capita veniunt, ut filii & nepotes, §. *cum filius*, 6. *infr. de hæred. quæ ab intest.* fratres & fratrum filii, *Nov.* 118. §. 3. Valet idem & jus in legatis inter collegatarios ejusdem rei; verum effectu nonnihil dissimili: namque in legatis locum habet non ex necessitate aliqua aut dispositione juris, sed ex sola præsumpta voluntate testatoris eamdem rem pluribus legantis: quippe quos singulos partem quidem habere velle intelligit, & legatum scindi, si concurrant: si vero non concurrant, solidum, postposito hærede. Proinde & inter collegatarios ejusdem rei prohiberi accretio potest, &, si singulis res singulæ relictæ sunt, uno deficiente, portio ejus non accrescit collegatariis, sed in hæreditate manet, augetque jus hæredis, cui & ab initio relinqui potuisset, *l. hujusmodi*, 34. §. *pen. de legat.* 1. Deinde cum deficientis hæredis portionem cohæres etiam invitus, & cum onere semper accipit, collegatarius ut plurimum nec invitus, nec semper cum onere partem accipit deficientis collegatarii. In quo hæc distinctio Justiniano probata videtur, ut siquidem conjunctim eadem res duobus legata est, portio deficiens volenti tantum, sed cum onere accrescant; si separatim, invito quidem, sed sine onere, *l. unic.* §. *ubi*, 11. *C. de cand. toll.* Ratio est, quia cum conjuncto ex persona deficienti portio defecta deferatur, potest eam non admittere, quoniam deficiens potuit: ea autem admissa, etiam onus ei adjunctum subire debet, *arg. l. qui in jus*, 117. *de reg. jur.* Utrumque contra in disjuncto, quia ex sua ipsius persona solidum habet, suumque magis non diminutum retinet, quam consequitur alienum, ut huic potius non decrescere, quam portio deficientis accrescere videatur; sic enim Justinianus disputat *in dict. leg. unic.* §. *ubi*. 11. *vers. sin vero*, & facit *lex* 4. *de leg.* Gomez. 1. *resol.* 10. *num.* 42. Bartol. & communior. Doctorum *in dict. leg. unic. & in l. re conjuncti*, 89. *de legat.* 3. Duren. *de jur. accrescend.* 11. (5) Jure veteri fuit in hac quæstione nulla in legatis ipsis differentia: nam si conjunctim eadem res per vindicationem legata fuerat, pars deficiens accrescebat: si per damnationem, manebat penes hæredem: & utroque casu post legem Juliam Papiam fiebat caduca. Si disjunctim, singulis solidum debebatur, sed in legato vindicationis concursu partes fiebant, & altero non concurrente totum collegatarius auferebat, sive jure accrescendi sive non decrescendi: in legato damnationis unus rem, alter pretium rei ab hærede percipiebat, ut in hoc genere legati nullo casu locus pateret juri accrescendi: testes Ulp. *tit.* 24. Cajus *lib.* 2. *tit.* 5. atque ex parte Justinianus *d. l. unic.* §. *ubi*, 11. Hæc differentia etsi novo jure una cum caducis sublata est, & jus accrescendi admissum inter omnes, quibus eadem res quocumque genere legata & quocumque modo relicta; ideo tamen notanda fuit, quia passim vestigia ejus adhuc apparent in responsis veterum, quæ non satis accurate ad normam novi juris a Compilatoribus descripta sunt: quod est maxime, quod hanc quæstionem tam perplexam facit. VINN. Nec tamen in universum per legem Papiam sublatum jus accrescendi, quod visum Emerill. *Var.* Cujac. *l.* 1. *c.* 39. Noluit enim, si post apertas tabulas aliquid deficeret: voluit si collegatarius haberet liberos: voluit in usufructu, aliisque casibus, de quibus Jan. a Costa *ad* §. *ult. Inst. de Senatusc. Orphic.* & Jac. Gothof. *ad L. Jul. & Pap. Caduc. c.* 19. HEIN. (6) Porro autem cum non nisi inter conjunctos (nam & disjuncti qui dicuntur, ratione rei conjuncti sint) locus sit juri accrescendi, nec olim etiam fuerit inde nata quæstio de conjunctis eorumque differentia, quem locum tractat Paul. *l. triplici*, 142. *de verb. sign. & l. re conjuncti*, 89. *de leg.* 3. ex cujus disputatione discimus, conjunctos generaliter dici omnes, qui ad eamdem hæreditatem aut rem vocantur, sive uno sermone sive diversis; & in proposito quibus eadem res ab eodem testatore legata est. Cæterum hos solos, non alios, ac proinde nec eos, quibus res diversæ, quamvis una ratione, *l. hujusmodi*, 84. §. *pen de legat.* 1. nec quibus res eadem a diversis testatoribus, *l. si sub conditione*, 16. *quib. mod. usufr. amitt.* nec quibus separatim partes ejusdem rei legatæ sunt, *l.* 1. *in fin. princ. de usufr. accresc.* jus conjunctionis aut accrescendi habere. (7) Cæterum licet conjuncti omnes conjuncti sint in eamdem rem, ex verborum tamen forma & conceptione dividuntur, *d. l. triplici*, 142. & *d. l. re conjuncti*, 89. in tres species, ut alii dicantur re conjuncti tantum: quorum scilicet singuli separatim, seu diversis orationibus ad eamdem hæreditatem aut rem vocantur, ut *Titius hæres esto. Sejus hæres esto. Titio fundum Tusculanum do, lego. Sejo fundum Tusculanum, aut eumdem fundum do, lego*; alii re & verbis simul; quos scilicet & nominum & rei complexus jungit, ut, *Titius & Sejus hæredes sunto. Titio & Sejo fundum Tusculanum do, lego*: alii denique verbis tantum, qui eadem oratione ad eamdem successionem aut rem vocantur, additis his verbis, *æquis partibus*; veluti, *Titius & Sejus hæredes sunto æquis partibus. Titio & Sejo fundum illum æquis partibus do, lego*. Hæc divisio primum eo comparata est, ut intelligamus in omni specie harum conjunctionum jus accrescendi valere: nam ubi jus conjunctionis est, ibi jus est accrescendi, & contra, *l. si sub conditione*, 16. *quib. mod. usu amitt.* nec disputatio de conjunctis ob alium finem instituta est, quam ut sciremus, inter eos, qui conjuncti sunt, jus accrescendi esse, inter alios non esse, quamvis sint, qui verbis conjunctos excludant, de quo plenius postea. Deinde ex ea quoque discimus, omnes conjunctos non æque conjunctos esse, sed alios aliis conjunctiores: & nimirum eos, quos etiam oratio conjungit, magis conjunctos, quam quos conjungit res tantum, oratio separat: unde est, quod hi cum illis comparati disjuncti passim appellantur; illi soli conjuncti, *l. plane*, 35. *in pr. de leg.* 1. *l. hær.* 163. *de hær. inst. l. un. &* 10. *& seq. C. de cad. toll.* & apud Ulp. & Caj. Estque arctioris hujus conjunctionis effectus insignis in eo, quod utroque modo conjuncti in portione deficientis potiores habeantur & oratione separatos excludant, *d. l. re conjuncti*, 88. *de leg.* 4. *d. l. hær.* 63. *de hær. inst. d. l. un* §. *his ita*, 10. *v. sin vero*, ubi etiam hujus rei ratio affertur. Plane si testator plures una ratione comprehenderit, non eo animo, ut eos conjungeret, quod plerumque fit, sed brevitatis studio celerius loquens, deque eo constet, tum si quis ex his defecerit, cæteri non plus in hujus portione juris habebunt, quam alii, qui aperte oratione sejuncti sunt, *l. si quis*, 66. *de hær. inst.* (8) Quicquid autem & hic accrescit, nulli accrescit, nisi qui portionem suam agnovit; si plures agnoverint, singulis accrescit pro virilibus & æquis portionibus, quemalmo-

admodum & ab initio omnibus in casum concursus æquæ & viriles partes datæ intelliguntur, *d. l. un. §. ubi autem*, 11. *l. legata* 19. §. *ult. l. servum* 67. §. 1. *de leg.* 1. Si conjuncti & disjuncti commixti sunt, conjuncti in divisione unius personæ vicem sustinent, nihilo plus ut accipiant omnes, quam unus ex disjunctis, *l. plane*, 34. *in princ. d. tit. d. l. un.* §. *his ita*, 10. Exempla jam sibi quisque sine negotio formare poterit. In accretione ususfructus quædam sunt peculiaria quæ a nobis notata sunt sub §. *ult. sup. de usufr.* Attigi strictim pleraque omnia, quæ in hac materia visa sunt cognitu maxime necessaria, quibusque perceptis res tota utcumque intelligi, & de plerisque controversiis judicari poterit, nonnulla etiam latius declarabo inferius.

Eadem res) Quod obiter antea tetigimus, hic prolixius explicandum est, nimirum non esse jus accrescendi, nisi ad eamdem rem plures vocati sint, aut, quemadmodum hic dicitur, nisi eadem res pluribus legata sit: inter diversarum rerum legatarios non esse, sive singulis legetur separatim, puta hoc modo, *Titio Stichum do lego: Mævio Pamphilum do lego*: sive etiam una ratione conjunctim, ut, *Titio, & Mævio singulis servos do lego*, *l. hujusmodi*, 84. §. *penult. de legat.* 1. Sed etsi singulis partes ejusdem rei legatas proponas hoc pacto: *Mævio fundi illius partem dimidiam, Sejo partem dimidiam do lego*, non intelligitur res eadem legata, sed altera atque altera, & diversæ singulis, ac proinde cessat jus accrescendi, unoque deficiente pars ejus non ad collegatarium, sed ad hæredem pertinet, *l. 1. in fin. pr. de usufr. accr.* Non enim quia partes istæ indivisæ sunt & inter se confusæ, eo minus sunt divisæ, quarum una sit unius, altera alterius, *l. 5. de stip. serv.* Neque obstat, quod ex duobus hæredibus, quorum unus institutus sit ex parte dimidia, alter ex altera dimidia, uno deficiente pars ejus accrescit alteri, qui ex sua parte hæres extitit: quoniam conditio hæreditatis non patitur, ut qui solus sit hæres, ejusdem hæreditatis partem habere possit, partem non habere, *l. 1. l. 3. de acq. hær. l. un.* §. *his ita*, 10. *Cod. de cad. toll.* At, nihil prohibet, ejusdem fundi partem dimidiam alicui legari, ut altera dimidia remaneat apud hæredem. Illud frustra objicitur, quod nemini concessum est ejusdem rei sibi legatæ partem velle, partem nolle, *l. 4. de leg.* 2. Nam in proposito cum pars tantum singulis legata sit, qui partem suam agnoscit, totum quod sibi legatum est, agnoscit, quod si partem tantum partis suæ amplecti vellet & reliquum repudiare, hic ei obstaret juris ista ratio. Sed etsi duobus res eadem & solida conjunctim legata sit, potest nihilominus deficientis portio repudiari, *d. l. un.* §. *ubi autem* 11. Hoc igitur ut ratum sit, necesse est, ut iis, inter quos jus accrescendi esse volumus, una atque eadem res legata sit, & quidem solida singulis: hoc enim est, quod Ulp. ex Celsi sententia refert, toties jus esse accrescendi, quoties ex duobus, qui in solidum habuerunt, concursu res diversa est, *l. 3. in pr. in usuf. acc.*

Sive conjunctim, sive disjunctim) Conjunctim legari dicitur, quando una oratione una eademque res pluribus legatur: disjunctim seu separatim, quando singulis orationibus singuli ad eamdem rem vocantur: ut hic sint plures enuntiationes, illic una copulata, *d. l. un.* §. *his ita* 10. & §. *seq. l. 1.* §. 3. *de usufr. accr. l. si pluribus* 33. *de legat.* 1. indeque est, quod alii conjuncti, alii disjuncti passim dicuntur. Cæterum conjunctio hæc & disjunctio ex verbis potius, quam ex re æstimatur, cujus respectu omnes conjuncti sunt, quibus res eadem legata, licet disjunctim: & hi sunt, qui in specie re conjuncti appellantur, *l. triplici* 142. *de verbor. sign. l. re conjuncti* 89. *de legat.* 3. quod & supra notatum est, & simul observatæ nullæ inter hæc genera differentiæ, cum de onere partis accrescentis quæritur, itemque de prærogativa & partibus faciendis, cum permixti sunt.

Scinditur inter eos legatum) Hoc alibi sic dicitur; *concursu partes faciunt*, aut *concursu partes habent*, *l. 3. de usufr. accr. l. plane* 34. §. *sed si* 10. *de legat.* 1. *l. conjunctim* 80. *de legat.* 3. *l. 7. Cod. de legat.* Estque hoc certissimum argumentum, in utroque hoc genere legati, hoc est, sive conjunctim, sive disjunctim eadem res duobus legata sit, non partes ab initio factas, sed solidum singulis relictum intelligi. Quod tamen cum dicimus, non hoc significamus, singulos simpliciter habere solidum, aut unumquemque solidum petere posse, non exspectato casu, quo alter deficiat; aut alterum rem, alterum æstimationem consequi; quod olim in una specie legati per damnationem inter disjunctos obtinebat, hodie non obtinet, nisi manifestissimum sit ex scriptura, testatorem solidum ad utrumque pervenire voluisse, *l. unic.* §. *ubi autem* 11. *C. de cad. toll. l. si pluribus* 33. *de legat.* 1. quo in loco valde conspicua sunt emblemata Triboniani; sed habere solidum, considerato eventu alterius deficientis; idque ex voluntate testatoris. Omnino enim credibile est, testatorem ad hunc eventum respexisse, atque ideo re conjunxisse singulos, seu singulis eamdem rem legasse, ut altero deficiente alter in solidum eam haberet, cum absque eo foret, ut pars deficientis rediret ad hæredem. Contrario autem respectu, si nimirum consideramus casum utriusque concurrentis, partes habere recte dicuntur, easque etiam in hunc eventum habent ex voluntate testatoris, quæ hic manifesta est, cum utroque concurrente, quod utrique futurum speravit testator, totum singuli habere non possint. Licet autem diversa consideratione & totum & partes singuli habere videantur, tamen totum habere passim dicuntur ad differentiam eorum, qui simpliciter & omnimodo partes habent, nec eas demum concursu faciunt, quales sunt, quibus partes tantum ab initio assignatæ. Cæterum quod tam conjunctos, quam disjunctos solidum ab initio habere dicimus, id non caret omni scrupulo. Nam contra Ulpian. *d. l. plane* 34. §. *si conjunctim* 9. *de legat.* 1. expresse scribit, si conjunctim res legetur, partes ab initio fieri; nec solum partem facere eos, in quorum persona constitit legatum; verum eos quoque, quorum in persona non constitit. Hunc locum obstare non putant, qui non intelligunt quid sit partem ab initio facere. Quod tamen minime obscurum est. Dom. Gothof. in notis ad *d.* §. *si conjunctim* 9. scribit, *partem facere, non quorum personæ in divisione partem accipiunt, sed cum ejus, qui deficit, aut incapax est, pars conjuncto accrescit*, contra manifestam *d.* §. sententiam & perpetuum usum juris auctorum, quibus partem facere est facere, ut quis partem tantum habeat in eo, quod totum habiturus esset, si solus esset, aut impedire, ne totum ad alterum pertineat, ut constat ex *l.* 8. §. *quoniam* 8. *l. qui repudiantis* 77. *de inoffic. testament. l. 7. de reb. dub. l. hujusmodi* 83. §. *si Titio* 8. *de legat.* 1. *cum similibus*. Et igitur perspicue etiam errat Govean. qui *lib. de jur. accr. num.* 6. & 7. scribit, eos qui partes faciunt ab initio, partes non habere. Ut autem jus accrescendi excludatur, necesse est partes ab initio habere legatarios. Facere autem ab initio partes eos dici, non quia pro parte ab utroque legatum vindice-

dice-

dicetur, sed quia utroque solidum vindicante res, inter eos scinditur. Tot errores, & errores conspicui, quot pene dixerim verba. Nam primo qui partes ab initio habent, in his dici non potest, partes ab initio fieri, sed tantum concursu; quæ perpetuo inter se opponuntur. Deinde quid aliud est partes habere ab initio, quam partes ab initio fieri? Utroque enim significatur; alterum hoc casu solidum habere numquam posse, seu quod idem est, jure accrescendi non esse locum; & quamvis qui partem facere dicitur, non concurrat, aut concurrere non possit, certissimo tamen jure perinde habetur, ac si concurrisset, suamque partem abstulisset. Confundit Goveanus & pro iisdem habet, sive dicas partes ab initio fieri, sive partes fieri concursu: quod in tanto viro vix ferre possum. Postremo illud quoque falsum est, posse in concursu vel singulos conjunctos solidum vindicare, vel unum eorum, quamdiu alter adhuc concurrere potest. Non enim amplius vindicare licet, quam delatum est; at in eventum, quo uterque concurrit, singulis non solidum, sed partes relictæ intelliguntur, quod pluribus confirmat Ant. Faber *de err.* 49. *err.* 9. Quamobrem miror, D. Svvanemburg. locum hunc Goveani notatu tam dignum existimasse, ut eum integrum verbis Goveani descripserit *c.* 8. *tract. de jur. accrescendi*. Quid ergo respondemus ad *dict.* locum *Ulp. in l. plane* 34. §. *si conjunct.* 9. *de leg.* 1. ubi tam diserte Jurisconsultus ait *conjunctis partes ab initio fieri*? Ant. Faber id, quod generaliter Jurisconsultus definit de conjunctis, restringit ad verbis conjunctos tantum, qui effectu ne conjuncti quidem, si Fabro credimus, in hac disputatione habeantur. Sed perperam, meo quidem judicio. Rectius autem locus ille refertur ad legata per damnationem, aut potius ad legem Juliam Papiam & jus caducorum: ut adeo dicamus de iis ibi agi, qui vel ante mortem testatoris vel ante apertas tabulas defecerunt, quibus quod adscriptum erat, caducum fiebat, ut in favorem fisci hi partes facerent, quæ alioqui vel in hæreditate mansissent, vel accrevissent conjuncto; nam ex lege Julia Papia conjunctis nihil accrescebat nisi post diem legati cedentem (cedebant autem demum ab apertura tabularum) legatarius decessisset, aut tempore facti testamenti non fuisset in rerum natura, cui quod relictum erat, pro non scripto habebatur, *l. unic.* §. 1. *& seqq. C. de cad. toll.* Eodem referendum, atque eodem modo explicandum, quod est *in leg. hujusmodi* 84. §. *si a Titio* 8. *de leg.* 1. Plane illud concedo, disjunctis apertius atque expressius solidum ab initio assignari, quam conjunctis, utpote quibus ipsa conjunctione quodammodo partes attribui videantur, quod consideravit Justinianus *d. l. unic.* §. *ubi autem* 11. sed tamen nec disjunctis solidum simpliciter datum dici potest; alioqui non concursu res divideretur, sed alter rem, alter æstimationem consequi deberet.

Si alter deficiat) Non potest dici deficere, in cujus persona legatum nunquam constitit: veluti si quid ei datum sit, qui quo tempore testamentum condebatur, in rebus humanis non erat, puta diem suum functus, cum id testator ignoraret: aut ei, cui cum testamenti factio non est, sive incapaci, puta deportato aut peregrino. An igitur si alter e conjunctis aut testamenti tempore jam mortuus sit, aut capere ex testamento nequeat, partem alteri faciet, an totum ad alterum pertinebit? Et eum quidem, qui tempore testamenti non fuit in rerum natura, partem nec olim fecisse, testatur Justinianus *d. l. unic.* §. 3. *C. de cod. toll.* Puto autem, & quod ei, qui capere non poterat, conjunctim cum alio relictum erat, in eadem causa fuisse; ut & hoc conjuncto totum cederet, quoniam æque quam illud pro non scripto habebatur, *arg. l.* 1. *Cod. de hær. inst.* quod tamen non aliter processisse, quam si alter simpliciter & omnino incapax fuerat, evincitur ex verbis *d. l. plane* 34. §. *si conjunctim* 9. *de leg.* 1. ubi Jurisconsultus ait, etiam servum proprium, cui sine libertate quid legatum est, quamvis id in persona servi non consistat, conjuncto partem facere, innuens, ut paulo ante hoc interpretati sumus, in fisci favorem partem ejus ex lege Julia Papia caducam fieri.

Aut spreverit legatum) Post legem Juliam Papiam si eadem res duobus conjunctim legata erat, etiam partem repudiantis caducam factam colligitur ex loco Ulpiani *in fragm. t.* 24. §. 11. *& seq.* ubi scribit, partem non concurrentis conjuncti, quæ in legato vindicationis jure civili accrescebat, in legato damnationis in hæreditate remanebat, ex lege Papia caducam fieri: nunc autem certum est, in utroque genere legati accrescere, atque hactenus etiam conjunctos & disjunctos esse pares.

Vivo testatore decesserit, vel alio quoquo modo) Ad illius quoque partem lex Papia pertinebat, qui e conjunctis vivo testatore decesserat, vel quolibet alio modo defecerat, puta damnatione in metallum, aut deportatione, ut ex *dict.* loco Ulp. manifestum est: idque quod huic relictum erat, dicebatur esse in causa caduci, *d. l. un.* §. 2. *C. de cod. toll.* sed nunc certo jure conjunctis in eamdem rem accrescit sine discrimine generis legati aut modi legandi, *d. l. un.* §. 4. §. 10. *& seq.* Verum quid si unus decesserit testatore jam mortuo? Ego existimo, hoc casu nihil conjuncto accrescere; sive legem Papiam spectes, sive jus novum Justiniani. Nam aut ante apertas tabulas decessit, & pars ejus ex lege fit caduca; aut post aperturam tabularum, ex quo legati dies ex lege cedit; & hic quidem, quod ei adscriptum est, non fit caducum, jam enim ei deberi cœpit; cæterum nec accrescit collegatario, sed ad hæredem deficientis transmittitur, qui effectus est cessionis diei in legatis & fideicommissis, *l.* 4. *& pass. quand. d. leg. ced.* & textus est in *l.* 4. *in fin. pr. de alim. leg.* Ex constitutione autem Justiniani, cui placuit diem legatorum statim cedere a morte testatoris, effectum est, ut idem juris nunc sit etiam in parte decedentis ante aperturam tabularum, ut scilicet nec ea caduca fiat, nec tamen accrescat collegatario, sed ad hæredem similiter transmittatur, quemadmodum, si solus esset, totum transmitteret, *per d. leg. un.* §. *in novissimo* 5. Non frustra igitur dixit, vivo testatore.

Totum ad collegatarium pertinet) Si plures sint, omnes autem vel conjuncti tantum, vel tantum disjuncti, pars deficientis accrescit omnibus ex æquo: si permixti conjuncti & disjuncti, conjuncti in parte conjunctorum cæteris anteferuntur; disjunctorum partes accrescunt omnibus sicut in divisione omnes conjuncti pro una persona habeantur, *d. l. plane* 34. *in pr. de leg.* 1. *leg. re conjuncti* 89. *de leg.* 3. *d. l. un.* §. *his ita* 10. *C. de cad. toll.* Quod autem conjunctis accrescit, accrescit cum onere, quod disjunctis, sine onere, *d. l. un.* §. *ubi autem* 11. *sub fin.* de quibus etiam dictum superius.

Titio & Sejo hominem Stichum do, lego) Quod in his, quibus quid conjunctim legatur, Justinianus solum utitur exemplo re & verbis conjunctorum, id inter alia multos movet, ut negent, inter verbis tantum conjunctos esse jus accrescendi: quo in numero sunt Govean. *n.* 6. Ho-

Hotom. *6. obs. 12.* Ant. Fab. *conj. 1. & dec. 40. err.* 4. D.
Svvan. *de jur. accresc. cap.* 8. Sed sane hoc argumentum
perexiguum ad illud probandum pondus habet. Nam ut
taceam, quo nihil certius & notius est, exemplis ne-
minem uti solere ad restringendam regulam, nulla hoc
loco est conjunctorum inter se oppositio: sed conjun-
ctorum, id est, eorum omnium, quibus res eadem le-
gatur una oratione, & disjunctorum, quibus quid lega-
tur orationibus diversis, ut licet in exemplo proposito
Titius & Sejus sint re & verbis conjuncti, tamen utta-
les hic non considerentur, sed ut conjuncti simpliciter:
ac proinde hic locus potius contrariam sententiam ju-
vat, quæ etiam in sola verbali conjunctione juri accre-
scendi locum tribuit. Sed tamen utra sententia verior sit,
operæ pretium est penitus inquirere. Illud pro confesso
habendum atque omnino retinendum est, nullos esse
conjunctos, ad quos quidem jus accrescendi pertineat,
nisi qui re sint conjuncti, sive quibus relicta eadem
res. Proinde neque ii, quibus res diversæ relictæ sunt,
quamvis una oratione pro conjunctis hic habentur, ve-
luti si ita dixerit testator, *Titio & Mævio singulos ser-
vos do, lego*: utut verbis conjungantur, *l. hujusmodi* 84.
§. pen. de leg. 1. neque ulla, id est, ne rei quidem con-
junctio esse intelligitur, ubi partes tantum ejusdem rei
singulis simpliciter datæ; ut proinde hoc etiam casu si-
ne dubio jus accrescendi cesset, *l.* 1. *in fin. princ. l. pen.
de usu accr.* Hinc jam de quæstione proposita judican-
dum est. Nam si verbis tantum conjuncti, qui dicun-
tur in distinctione generum conjunctorum, non sint si-
mul re conjuncti, ex superiori definitione jus accrescen-
di ad eos non pertinebit: contra pertinebit, si iidem re
quoque conjuncti sunt, ut ecce in hoc exemplo, *Titio
& Sejo fundum Tusculanum æquis partibus do, lego*,
constat, Titium, & Sejum verbis conjunctos esse & ap-
pellari: sed jus accrescendi inter eos verborum conjun-
ctio parere non potest, si non etiam accedat conjun-
ctio ipsius rei. Non esse re conjunctos; ipsa appellatio
statim a principio indicare videtur. Dicuntur enim ver-
bis tantum conjuncti, *l. triplici* 142. *de verb. sign.* item
verbis conjuncti, non etiam re, *l. re conjunct.* 89. *de leg.*
3. Idem videtur ostendere expressio partium singulis at-
tributarum: nam utut hæ partes indivisæ sint; sunt ta-
men diversæ, ut dici non possint re conjuncti, aut sin-
gulis relicta eadem res. Denique non est realis conjun-
ctio, nisi inter eos, qui solidum ex judicio defuncti ha-
bent: verbis autem conjuncti non solidum, sed partes
habent, easque expressas verbis testatoris, ut proinde &
partes ab initio facere, *l. plane* 34. *§. si conjunct.* 9. *§. de
leg.* 1. & semper partes habere dicantur, *l. re conjunct.* 89.
de leg. Sed his non obstantibus verius existimo, verbis
conjunctos, quos hic vocamus, etiam re conjunctos
esse. Etenim qui sic legat, *Titio & Sejo fundum Tu-
sculanum do, lego ex æquis partibus*, is utique utrum-
que conjungit in eamdem rem, dum simul & semel
eumdem fundum ambobus legat. Nec mutat hanc con-
junctionem partium æqualium expressio: nam etsi hæ par-
tes non exprimantur, tacite tamen significantur enume-
ratione personarum, *l. cui fundus* 56. *de cond. & dem.*
Quæ autem non expressa intelliguntur, tamen si expri-
mantur, pro supervacuis habentur, *l. Cornelius* 69. *de
hær. inst.* ut omnino verum sit, quod Baro ait, non
aliter differre verbis conjunctos a conjunctis re & verbis,
quam quod in illis partes æque exprimantur, in his non
item, judicio autem defuncti pari jure censeri, *arg. l.*
16. *in fin. de leg.* 1. Sed cur igitur dicuntur verbis tantum
conjuncti, conjuncti verbis, non re? Non quia vere
verbis tantum conjuncti sunt; re plane disjuncti: sed
quia tales videntur in comparationem re & verbis
conjunctorum, inspecta forma & conceptione verbo-
rum, quæ sola hæc genera separat, & adscriptus æquis
partibus in verbis conjunctis, qui dicuntur, res diver-
sas facere videtur; quod tamen non ita est, si rem ipsam
spectamus & sententiam testatoris, cujus judicio cum
pariter ad eamdem rem vocentur, pariter pro re & ver-
bis conjunctis habendi sunt. Ex quo porro sequitur,
si re & verbis conjuncti solidum ab initio ex volunta-
te testatoris habere intelliguntur, & solidum habere
eodem modo intelligi singulos verbis conjunctorum:
idque adeo verissimum esse ostendit *l. conjunctim* 80. *de
legat.* 3. ubi Celsus scribit, conjunctim legare, esse
tota legata singulis dare, partes autem concursu fieri.
Quæ definitio, cum generalis sit, dubitandum non est,
eam ad verbis quoque conjunctos pertinere, & quod ex-
presse partium in hac conjunctione testator meminit, id
ex mente ejus sic a prudentibus acceptum, non quod duo-
bus, verbi gratia, ita conjunctis, simpliciter velit singu-
las partes adscriptas atque in omnem eventum habere,
etiamsi non concurrant; sed quod cum sciret, si concur-
rerent ambo, quod & futurum speravit, singulos totum
habere non posse, istis verbis demonstrare voluerit,
quid in hunc eventum singuli habituri essent. At si
unus deficiat, etiam in verbali conjunctione sic mentem
testatoris acceptam quasi in hunc casum alterum solidum
habere voluerit, nec ob aliam causam ad eamdem rem
utrumque vocaverit, quam quod eam rem vel alterum
eorum magis habere voluit, quam hæredem suum. Sed,
inquis, verbis conjuncti dicuntur semper partes habe-
re, *d. l. re conjuncti*, 89. Ergo omni casu habent, &
ab initio & ex postfacto. Respondeo, id quoque dici
ex comparatione re & verbis conjunctorum. Nimirum
Jurisconsultus eo loco, docendi gratia, distinguit ver-
bis conjunctos a conjunctis re & verbis simul, non ex
eo, quod re ipsa est, sed ex eo, quod videtur: quia
verbis conjuncti partes habent externa forma verborum:
re & verbis conjuncti non habent. Neque alia ratione hæc
genera secerni possunt. Quod vero apud Ulpian. scri-
ptum est, si conjunctim res legetur, partes *ab initio*
fieri, *d. l. plane*, 34. *§. si conjunctim*, 9. *de legat.* 1.
id tam ad verbis & re simul conjunctos pertinet, quam
ad conjunctos verbis tantum; ac proinde locus iste vel
ad legatum damnationis referendus est, vel ad legem
Juliam Papiam & jus caducarium; uti & *l. hujusmodi*,
84. *§. si a Titio*, 8. *eod.* In *l.* 7. *de legat.* 2. aperte Juris-
consultus loquitur de legato damnationis: eodemque per-
tinere principium *l.* 16. *de legat.* 1. arguit ejusdem *l. §. ult.*
Concludendum igitur est, etiam inter verbis conjunctos
jus accrescendi locum habere; quippe cui toties locus est,
quoties res eadem duobus in solidum legata est, sicut
partes concursu habeant, sive eas habeant ex voluntate
testatoris expressa, sive ex tacita, *l.* 4. *de usufr. accr.*
Atque hæc communis est sententia, probata quoque
Duareno *lib.* 1. *de jur. accr. c.* 10. Bar. *in comm. ad hunc*
§. Donello, 7. *comm.* 13. & 8. *comm.* 21. Cœd. *ad l. tripl.*
142. *de verb. signif. num.* 12. Confirmatur hæc sententia
primum aperto textu *l.* 16. *§. ult. de leg.* 1. ubi non solum
qui re & verbis conjunctus est, sed etiam cui virilis
portio data, id est, conjunctus verbis tantum; *arg. d. l.
triplici* 142. non concurrente altero, totum vindicare di-
citur. Deinde ex eo, quod verbis conjunctus etiam potior
dicitur esse in hoc jure quam is, qui re tamen conjunctus
est,

est, *d. l. re conjuncti* 89. *de legat.* 3. siquidem jus prælationis necessario præsupponit jus accrescendi & conjunctionem realem: & præposterum est, quod Ant. Fabr. *dec.* 49. *err.* 89. respondet, verbis conjunctos, licet per se disjuncti sint, ex accidenti tamen & post facto etiam re conjunctos fieri, concurrente tertio aliquo, qui illis re conjungatur. Nam conjunctionem non concursus efficit, sed dispositio testatoris ad eamdem rem plures vocantis, ut necesse sit, eos, quos in parte deficientis concurrere, aut aliis præferri volumus; considerari ut ab initio sententia testatoris conjunctos. Nihil pro sententia Fabri facit, quod a Javoleno responsum est, in hac specie, sit testator Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam, & eumdem fundum Titio legaverit, Sejo deficiente, partem ejus pro portione legati non Mævio solum, sed etiam Titio accrescere, *l. Mævio*, 41. *in pr. de legat.* 2. Nam Mevius & Sejus in hac specie verbis conjuncti non sunt, sed conjuncti re tantum, verbis inter se separati: quod ipse Jurisconsultus expresse testatur. Ait enim, separatim & partes fundi & totum legatum esse, apparetque, legatum hoc sic a Jurisconsulto acceptum ex sententia testatoris, quasi Mævius & Sejus sint in unam dimidiam inter se conjuncti: Titius autem cum his in eamdem dimidiam, quia cum totus fundus legatus est, utique & eadem dimidia legata intelligitur, cum verbo totius ambæ dimidiæ ei legatæ sint; similiter ut in usufructu conjunctos esse dicimus, quorum uni fundus, alteri ususfructus ejusdem fundi legatus est, *l. si filii*, 19. *de usufr. l.* quod plenius & eleganter explicat Don in *epist. ad Albert. Gentil.* inserta opusculis Donelli posthumis. Postremo cum nullus alius conjunctionis in hac quæstione sit effectus, quam ut jus accrescendi conjunctio habeat, cur si verbis conjuncti ab hoc jure removendi sunt, conjunctos tamen eos, non disjunctos, appellamus? Non obstat communi sententiæ, quod Celsus *l. & Proculo* 20. *de leg.* 2. respondit servo communi quod legatum est, id si aliter dominorum omitteret, alteri non accrescere. Nulla enim omnino in tali legato conjunctio est, ut ipsa textus verba evincunt; & ratio est, quia partes dominicæ semper pro inæqualibus habentur; fortuitumque est, quod æquales singuli habeant. At vero non est jus conjunctionis nisi inter eos, quos testator in eamdem rem conjunxit æqualiter. Magis obstare videtur *l. pen. de usufr. accr.* ubi minime obscure Papinianus pronuntiat, re separatos videri quibus eadem res æquis portionibus relicta est. Loquitur quidem de usufructu ejusdem rei æquis portionibus legatæ: sed vel magis idem obtinere debet in simili casu legatæ proprietate: utpote quæ difficilius accrescit, quam ususfructus, *l.* 1. §. 5. *d.* 1. Sed bene mihi videtur respondere Donellus, id quod in *d. l. pen.* dicitur de æquis portionibus, accipiendum esse non de portionibus rei, cujus ususfructus relictus est, sed de portionibus singulorum hæredum a quibus relictus est: quam interpretationem & initium *d. l. pen.* juvat, & plane confirmat ratio reddita ab Ulpiano in fragmento sequenti in hæc verba, *cum alius ab alio hærede usufructum vindicet*. Bene autem Papinian. negat, in hujusmodi specie legatarios in eamdem rem conjungi, cum partes hæreditariæ prius divisæ sint. Bachovius *d. l. pen.* accipit de eo casu, quo dimidia singulis separatim seu diversis orationibus relicta est, sed hoc verbis Papiniani minime convenit. In hæreditate huic quæstioni non locus: quippe in qua, ut initio monuimus, jus accrescendi ex dispositione juris proficiscitur, quod neminem ejusdem hæreditatis, quæ alium hæredem non habeat, partem repudiare permittit: & ideo portio occupata necessario vacantem ad se trahit; quamquam illud etiam in hæreditate quæri potest, ex pluribus diversi generis conjunctis quis cui præferatur. Reliqua per se quisque nunc facile expediet: plura tamen qui desiderabit, adire poterit DD. (18) *in d. l. re conjuncti* 89. Gomez. 1. *resol.* 10. Grass. §. *accrescendi*. Ant. Fab. *dec.* 49. & 50. Christ. *vol.* 1. *dec.* 312. & 2. *seqq.* & qui propriis tractatibus hanc materiam explicarunt, Duar. Govean. Anton. Fumæum, Jo: Svev. Corn. Swanemb. Dom. Grotius *lib.* 2. *manud.* 23. scribit, apud nos in toto hoc argumento non usque adeo subtilitatem juris civilis attendi, sed ejus præcipue rationem haberi, quod propius abesse videtur a sententia & mente testatoris: idque æstimari non ex verbis tantum & rei pretio, verum etiam ex conditione & qualitate personæ tum testatoris, tum legatariorum. In legatis alimentorum, ut hoc obiter addam, juri accrescendi non est locus, *l.* 57. §. *ult. de usufr. l.* 16 §. 2. *de alim. leg.* nimirum quemadmodum in agris limitatis cessat jus alluvionis, *l.* 16. *de acq. rer. dom.* quod computatur cum jure accrescendi, *l.* 33. *infr. de usufr.* ita & in usufructu limitato ad finem alimentorum jus accrescendi cessare placuit; ut recte Cujac.

TEXTUS.

Si legatarius proprietatem fundi alieni sibi legati emerit, & ususfructus ad eum pervenerit.

9. *Si cui fundus alienus legatus sit, & emerit proprietatem deducto usufructu, & ususfructus ad eum pervenerit, & postea ex testamento agat, recte eum agere & fundum petere, Julianus ait: quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet; sed officio judicis continetur, ut deducto usufructu jubeat æstimationem præstari.*

NOTÆ.

9. *Quia ususfr. servitutis locum*) Poterat objici, appellatione fundi plenam proprietatem contineri, *l.* 10. *l.* 19. *de usufr. legat.* l. 58. *de verb. obl.* R. in casu proposito eo verbo nudam dumtaxat proprietatem significari, ut ususfr. intellectu a fundo separetur, & tamquam servitus consideretur: quoniam proprietas, quæ adest ex causa onerosa, adhuc abesse intelligitur, *leg.* 14. *de verb. signif.* fac. *l. eas. eod.* junct. *l.* 66. *de jud.*

Jubeat æstimationem præstari) Judex tanti rem æstimabit, quantum actori aberit, *d. l.* 82. §. 2. Itaque habemus hic casum, quo condemnatio fit in rei petitæ æstimationem: quod interdum necessarium aut humanum.

COMMENTARIUS.

1 *Speciem hoc loco propositam pertinere ad doctrinam traditam* §. 6. *sup.*
2 *Quæ sit hujus loci sententia, & quo colore defendatur?*
3 *Interpretum error circa ejus explicationem notatur.*
4 *Anton. Fabri opinio confutata.*
5 *Non esse novum, ut interdum condemnatio fiat in rei petitæ æstimationem.*

(1) HIc locus, ut ex argumento intelligitur, subjungendus potius fuerat §. *si res aliena* 6. ubi dictum est, si res aliena legata ex alia causa ad legatarium pervenerit inte,

interesse, utrum pervenerit ex causa onerosa, an ex causa itidem lucrativa: illo casu legatum non extingui, sed posse legatarium nihilominus actione ex testamento pretium consequi; hoc casu contra, legatum penitus evanescere, eo quod duæ causæ lucrativæ in eamdem rem & personam concurrere non possunt. Quod autem de toto sibi traditum est, id etiam valet in partibus, ut, si quis rei sibi legatæ partem unam ex causa onerosa, alteram ex causa lucrativa nactus sit, legatum pro ea parte extinguatur, quam adeptus est ex causa lucrosa, pro altera consistat, & pretium ejus consequi possit, *l. non quocumque* 82. §. 3. *de legat.* 1. Unde etiam si quis fundi sibi legati proprietatem emit, detracto usufructu, & ususfructus postea ad eum pervenit, puta mortuo fructuario aut capite minuto, atque ita ex causa lucrativa, perinde hoc habendum, ac si pars rei ex causa onerosa, pars sine onere ad eum pervenisset. Nam etsi ususfructus non in parte, sed in jure consistit; tamen quia emolumentum rei continet, merito vicem partis obtineret, *l. Mævius 66. §. penult. l. cum filius 76. §. dominus 2. de legat. 2. l. qui usumfructum 58. de verb. obligat.* Cæterum in hac specie nihilominus fundum recte peti, nec plus quam oportet, ea petitione contineri intelligi, tradit hic Justinianus post Julianum in *d. l. non quocumque* 82. §. 2. *de legat.* 1.

Recte eum agere & fundum petere) recte, idest, impune sine metu cadendi causa; quæ pœna est eorum, qui plus petendo perperam agunt, §. *si quis agens* 33. *inf. de act.* Sensus igitur horum verborum est, posse legatarium agentem ex testamento cum hærede simpliciter intendere, fundum sibi dari oportere, etiamsi nudam duntaxat proprietatem emerit, usumfructum adeptus sit gratis: neque hac intentione sua plus eum complexum videri debere, quam oporteat. Fundum, inquam, ipsum, non δηναριαν, æstimationem, ut male Theoph. & Pac. quod arguunt sequentia.

Quia usufr. in petitione servitutis locum obtinet) Poterat objici, immo perperam in casu proposito agere legatarium, ac re ipsa atque aperte plus petere, si simpliciter fundum petat; quippe appellatione fundi plenam proprietatem significari, §. 10. *l. si alii* 19. *de usufr. leg. l. qui usumfructum* 58. *de verb. oblig.* ac proinde tanto plus, quam oportet, eam petitionem complecti, quanto pluris æstimari constat plenam proprietatem, quam nudam, pro qua sola pretium numeravit. Huic objectioni occurrens Justinianus ait, usumfructum in proposita petitione servitutis locum obtinere. Quod paulo obscurius dictum hanc sententiam habet, cum qui fundum petit, etsi regulariter plenam proprietatem petere intelligitur, tamen in casu præsenti fundi verbum sic accipi oportere, ut eo nuda tantum proprietas designata intelligatur, seu fundus, quatenus petenti emolumento abest, ut ususfructus intellectu ab eo separetur, & ob id tamquam servitus in hac petitione considerari debeat, hoc est, ut nec petitus censeatur; cum, & alias cum ususfructus separatus est, appellatione fundi nudam proprietatem significari constet, *l. recte* 25. *de verbor. significat.* Hæc interpretatio cum petitori necessaria sit, ne alioqui formula excidat; si eum plus debito intentione sua complexum dicamus, omnino hic recipienda est: quoniam in ambigua intentione id semper accipere jubemur, quod petitori utile est, *l. si quis* 66. *de judic.* Scio, longe aliter hunc locum ab aliis explicari: sic enim fere cæteri existimant, quod Justinianus hic ait, legatarium recte agere & fundum petere, id hanc habere sententiam, legatarium recte, idest, strictæ rationi juris convenienter, ac proinde sine periculo amissionis causæ, fundum petere, ut ea petitione & proprietatem & usumfructum comprehendat, aut posse cum ipso jure petere solidi fundi æstimationem; & quod mox pro ratione Justinianus affert, usumfructum in ea petitione locum servitutis obtinere, id sic accipiunt, quasi dixisset, quia ususfructus non jure partis, sed servitutis in petitionem deducitur. Sed ego fateor, me hæc capere non posse. Neque enim intelligo, quo colore defendi possit, legatarium in proposito rationi juris convenienter agere hoc modo: *Ajo, te mihi fundum Sempronii, legatum mihi a Titio, dare oportere*; ut hæc sit formulæ illius intentio, *Ajo, te mihi dare oportere & proprietatem fundi & usumfructum, aut solidi fundi æstimationem*. Sive in ea intentione consideretur ususfructus ut consolidatus & conjunctus cum proprietate, sive ut a proprietate separatus & tamquam servitus. Nam si illo modo accipias, manifestum est, petitione id contineri, quod jam habet ex causa lucrativa, & ita obstare regulam juris, quæ non patitur, duas causas lucrativas circa eamdem rem & personam concurrere: si hoc modo adhuc dico, id ipsum eum petere, quod sine onere habet, licet habeat sub alia qualitate: aut si tu negas, fatendum tibi erit, peti quod legatum non est. Immo vero nego, unquam eum, qui fundum petit, posse intelligi usumfructum jure servitutis petere. Quicumque enim fundum petit, eum necesse aut solidam proprietatem intelligere, *l. 5. in princ. si usufr. pet.* aut nudam, *l. recte dicimus* 25. *de verbor. signific.* Denique non recte in specie proposita solidum fundum aut solidi æstimationem peti, satis aperte, ut mihi videtur, probat, quod apud Julianum in *diæ. leg. non quocumque* 82. §. 3. *de legat.* notat Marcellus; ait enim, si partem fundi alieni mihi legati redemero, pars mihi legata sit, aut donata, idem esse, quod in specie proposita a Juliano, & ideo me partem duntaxat petere debere. Quibus verbis non obscure innuit; nec in præcedenti specie Juliani solidum recte peti: alioqui species, quam proponit Marcellus, ut similem Juliani, longe esset dissimilis. Anton. Faber 6. *conject.* 8. ne hoc quidem concedit, in casu proposito simpliciter fundum recte peti, utut ea intentione nuda proprietas petita esse intelligatur; quoniam ait, nec apud Julianum, nec alibi hoc traditum, & quod meum est, amplius meum fieri non potest. Sed ut supra in §. 6. ostendimus, quod ex causa onerosa ad creditorem pervenerit, interpretatione juris perinde habetur, ac si non pervenisset, propter pretium, quod ei abest, *l. 14. de verbor. signifi. at.* & refellit Fabrum *l. ex promissione* 19. *de verb. oblig.* ubi diserte Julianus scribit, eum, qui non ex causa lucrativa rem habere cœpit, non prohiberi eamdem ex causa lucrativa petere: tum etiam manifeste locus Marcelli modo citatus. Nam si partem fundi, quam ex causa onerosa consecutus sum, recte peto, cur prohibear proprietatem petere, quæ ex tali itidem causa apud me est? Cætera, quæ eodem loco Faber adversus hanc sententiam & adversus ipsum adeo Tribonianum disputat, assis non æstimo.

Sed officio Judicis continetur, &c.) Quamvis ratio judicii hoc exigat, ac proinde regulare sit, ut condemnatio fiat in rem ipsam, quæ petita & in judicium deducta est, *l. ut fundus* 18. *commun. div.* evenit tamen nonnunquam, ut necesse sit, aut æquum & humanum, condemnationem fieri in rei petitæ æstimationem: veluti si res petita culpa debitoris aut post moram perempta

sit, *l. si ex legati* 23. *de verbor. oblig*at. item si res aliena, quæ petitur, domino venalis non sit, aut venalis quidem, sed immenso pretio, *l.* 14. §. *ult. de legat.* 3. vel si ea ex causa onerosa ad creditorem pervenerit, *l. ex promissione* 19. *de obligat. & act. l. hujusmodi* 84. §. *qui servum* 5. *de legat.* 1. §. *si res* 6. *sup. eadem*. Idemque est, si creditor partem, quam ex simili causa nactus est, petat, *l. non quocumque* 82. §. 3. *de legat.* 1. & in casu proposito, ubi fundo alieno legato fundi proprietas, quæ ex causa onerosa apud legatarium est, petitur, *dict. leg. non quocumque* 82. §. 2. Hic igitur judicis officio incumbit, ut reum condemnet, non in rem petitam, puta ut fundum præstet deducto usufructu; nam proprietatem fundi jam revera petitor habet: sed ut præstet fundi deducto ususfructu æstimationem; hoc est, ut tantam pecuniam legatario det, quantum ille venditori pro fundi nuda proprietate persolvit. Julianus hoc sic expressit: *Judex tanti litem æstimabit, quantum actori aberit*, *dict. leg. non quocumque* 82. §. 2.

T E X T U S.

De re legatarii.

10. *Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum, quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest. Et licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa res, nec æstimatio ejus.*

N O T Æ.

10. *Licet alienaverit eam*) Propter definitionem regulæ Catonianæ *d. l.* 41. §. 2. cui obstat *l.* 1. §. 2. *de reg. Cat.* nisi dicamus verbis illis, *si eam vivo testatore alienaverit*, conditionem significari, ad cujusmodi legatum regula non pertineat, *l.* 3. & 4. *eod. l.* 98. *de cond. & dem.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Celsum videri a cæteris dissensisse circa casum, quo legatarius rem suam sibi legatam vivo testatore alienaverit: tentatur tamen conciliatio.*
2. *Quomodo temperandum, quod dicitur rem suam nemini recte legari?*

SED *si*) Particula hæc videtur arguere, hunc §. esse appendicem disputationis habitæ in §. *præt. & §. res aliena* 6. *eod.* Nam ut illic tractatur de re, quæ post testamentum conditum legatarii propria facta est; ita hic de ea, quæ jam ejus est tempore scribendi testamenti. Quid servari placeat, si res quæ legatarii propria est, non ipsi legatario, sed alteri legata aut potius per fideicommissum relicta sit, docebitur *infr.* §. 1. *de de sing. reb. per fideic. relict.* Hic illud quæritur, an utile sit legatum, si quis legatario ipsi rem, quæ jam ejus est, legaverit. Ait autem Justinianus, tale legatum inutile esse, propterea, quod fieri non potest, ut quis duabus ex causis dominium acquirat, *l.* 3. §. *ex pluribus* 11. *de acq. poss.* qua ratione nec stipulatio rei suæ, nec emptio valet, *l. nemo* 82. *de verb. obl. l.* 16. *de contr. empt.* Idem rescriptum est in *l. proprias* 13. *Cod. de legat.* & responsum ab Ulpiano *l. cætera* 41. 2. §. *de legat.* 1. Quamobrem nec res, nec æstimatio rei in proposito peti poterit, ut est in *fin. hujus* §.

Et licet alienaverit eam) Ampliatio superioris definitionis. Etsi is, cui res sua legata est, eam post testamentum factum & vivo etiamnum testatore alienaverit, nihilo tamen magis legatum convalescit. Quod sumptum ex definitione regulæ Catonianæ, quæ non patitur, legatum ex postfacto convalescere, quod initio vires non habuit, *l.* 1. *in princ. de reg. Caton.* quæ ratio etiam in terminis redditur ab Ulp. *d. l. cætera* 41. §. 2. Aliud tamen Celsi judicium fuisse, eumque in hac quæstione dissensisse a cæteris, existimant Cuj. Hotom. Bach. per *d. l.* 1. §. 2. ubi sic Celsus scribit: *Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus, est si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debebitur. Quod non deberetur, si testator statim decessisset.* Et sane locus ita scriptus est, ut parum absit, quin idem sentiam. Sed tamen videamus, quid obstet, quominus verba illa: *Si eum vivo testatore alienaveris*, dicamus esse testatoris, non jurisconsulti, & posita conditionaliter. An quia tum diverso charactere scribenda fuerant, uti mos est Jurisconsultorum, quoties verba testamenti aut stipulationum recitant? At hoc negligi potuit a librario; nec perpetuo observatur; *l. si stipulatus* 76. *in pr. & §.* 1. *de verb. obl. l.* 1. §. *in honorariis* 10. *de extraord. cognit.* An quia regula Catoniana ad conditionalia non pertinet? *l.* 4. *de reg. Cat. d. l. cætera* 41. §. 2. *de legat.* 1. ut propterea non debuerit exemplum conditionalis legati a Celso proponi tamquam exceptio regulæ, & in quo definitio Catonis falsa sit. Atqui etiam præcedens species in §. 1. *d. l. eod.* exemplum continet legati conditionalis, quod tamen & ipsum ab eadem regula Celsus excepit. Denique difficulter adduci possum, ut credam, in diversis Jurisconsultorum sententiis aut Ulpianum aut Celsum suam simpliciter prompturos fuisse, quasi in re certa minimeque dubia. Sed tamen, inquies, fatendum tunc erit, inepte Celsum facere, quod excipit de regula, quod ad regulam non pertinet. Fatere igitur & tu, æque inepte & prius exemplum a Celso excipi. Verum ego puto, quod nescio, an quisquam alius animadverterit, Celsum peculiari quadam ratione duas illas species, quas proponit, quasi hæ etiam verbis regulæ contineantur, excipere: quia cum conditio in utraque specie adscripta talis sit, ut deficiat, si statim testator decedat, si longiuscule vivat, impleri possit, fieri utroque casu potest, ut contra quam regulam definit, legatum, quod non valuisset, si statim decessisset testator, valeat, si diutius vixerit. Ad cætera autem legata conditionalia nec verba regulæ pertinent. Cæterum meminerimus quod initio dictum est, rem suam nemini recte legari, sic accipiendum esse, primum si ea res perfecte legatarii sit; hoc est, ita ut avocari nequeat. Nam si rem ex bonis ejus, qui reipubl. causa aberat, usu acquisierim, & ea antequam evinceretur, mihi legata sic, postea evincatur, recte ex testamento petam, eam mihi dari oportere, *l. non quocumque* 82. §. 1. *de legat.* 1. Deinde si res legata legatarii sit pleno jure: nam si quid juris in ea re aut testator aut alius habet, placet valere legatum, & utile esse in eo, quod juri legatarii deest. Pone emphyteusim, superficiem, aut pignus testatori aut alii in re legatarii constitutum; recte ea legatur, & proficit legatario legatum in eo, quod juris alieni fuit, *l. senatus* 43. §. *ult. l. si domus* 71. §. *penult. l. si tibi* 86. *in princ. & §. ult. de legat.* 1. *l.* 1. §. 1. *de lib. leg.* Nec dubito, quin idem dicendum sit, si alius in ea re usumfructum habeat, arg. *l. cum filius* 76. §. 2. *de leg.* 2. licet dissentiat Accurs. propter textum in *l. Mævius* 66. §. *pen. in fin.*

in fin. de legat. 2. Quo in loco vitiose legitur *propter istas causas*, cum legendum sit *præter*, ut bene Cujac. *lib.* 5. *ad Afric. in l. et si* 25. *de vulg. & pup. subst.* observavit. Et non nullis in exemplaribus legi testis est Don. 8. *comm.* 11. In quibusdam editionibus *præter* in margine adscriptum vidi. Postremo si nec ea res testatori debita sit: nam debitori quod debet, recte legatur, licet domini ejus rei sit, *l.* 1. *in princ. lib. de leg.* vid. *infr.* §. *si quis debitori* 13. VINN. Sed in dubio facile vincit lectio Florentina. Videtur hic sensus esse. Dixerat Papinianus, fundo legato etiam usumfructum recte peti, itemque tuendum fundum, si oppignoratus sit, præstandam possessionem, si alius possideat. Ne quis autem existimaret, idem etiam locum habere, si res nostra nobis legata sit, addit; *Sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas caussas non valebit*. Id est, uti recte interpretatur Oswald. Hillig. *Don. Enucl. Lib.* 8. *cap.* 2. non licebit ex superioribus argumentum ducere. Et hinc assentiri non dubito Accursio. Inter pignus enim & usumfructum multum interest. Rem meam oppignoratam recipere non possum, nisi soluto ære alieno: ususfructus ad me redit, mortuo usufructuario, vel ex aliis caussis. HEINNECIUS.

TEXTUS.

Si quis rem suam quasi non suam legaverit.

11. *Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione. Sed & si legatarii esse putavit, valere constat: quia exitum voluntas defuncti habere potest.*

NOTÆ.

11. *Plus valet, quod in veritate*) Ratio hæc potius ad casum sequentem pertinet: nam hoc priore casu etsi verum esset, alienam rem legatam esse, tamen legatum valeret: quoniam si suam esse testator scivisset, multo facilius eam legasset, per ea quæ *sup.* §. 4. *eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Male ad priorem speciem hujus* §. *accomodari regulam*. Plus valere, quod in veritate, *&c. & qua ratione isto casu sustineatur legatum?*

2 *Prædictam regulam pertinere ad casum posteriorem, atque eos actus tantum, in quibus error gerenti non obstat, quominus velit & possit, in quo errat. In aliis contrariam regulam probari.*

SUpra §. 4. audivimus, si testator rem alienam suam eam esse putans, legaverit, legatum non valere, nisi singulari conjectura voluntatis adjuvetur. Quæ exceptio in exegesi posita est declarata. Quod si quis rem hæredis legaverit, quam existimabat suam esse, Papinianus docet utile esse legatum, *l. unum*, 67. §. *si rem*, 8. *de legat.* 1. Hic ex converso docemur, quid juris sit, si testator rem suam legavit quasi alienam; item quid si legavit suam, cum crederet eam esse legatarii, placere autem, utroque casu valere legatum. Et valebit igitur vel magis, si suam rem legaverit quasi hæredis, *arg. d. l. unum*, 67. §. *si rem* 8.

Nam plus valet, quod in veritate, &c.) Puto rationem hanc, quod præter Bach. nemo animadvertit, male accommodari ad hunc priorem hujus §. casum, & omnino pertinere ad sequentem, cum quis rem suam quasi legatarii legavit. Nam non recte hic dixeris, ideo valere legatum, quia contra quam opinabatur, verum est, testatorem rem suam legasse, quoniam etsi opinionem attendas, aut quod opinabatur, verum esset, rem scilicet alienam esse, legatum tamen valeret. Est vero in promptu alia ratio, ob quam in proposito falsa testatoris opinio non obstet legato; nimirum quoniam, si alienam rem credens, eam nihilominus legavit, hæredemque suum onerare voluit alienæ rei redemptione, multo magis eam legaturus fuisse præsumitur, si scivisset suam esse, *d. l. unum*, 67. §. *si rem*, 8. *de leg.* 2.

Sed etsi legatarii esse putavit, valere constat) Ad hunc casum recte accommodabimus regulam: *Plus valere, quod in re & veritate est, quam quod in opinione*. Nam si hic opinionem spectari placeret, nullum esset legatum, quia quod legatarii est, inutiliter ei legatur, §. *præced.* Est autem regula ista ex earum genere, quæ ad certos dumtaxat casus & actus pertinent: locum enim tantum in iis habet, in quibus error gerenti non obstat, quominus velit & possit id, in quo errat. Ut ecce in casu proposito falsa testatoris opinio non impedit, quominus rem suam legare potuerit; neque etiam quominus velle eam legatam existimari debeat, nisi quis dicat, quotiescumque res sua legatario legatur, ideo legatum non valere; quia animus legandi desit: quod verum non est. Neque enim ideo legatum inutile, quia voluntatem legandi testator non habuit: sed quia voluntas ejus effectum sortiri non potest, cum quod alicujus jam est, id ejus amplius fieri non possit, §. *præced.* Hæc vero ratio cum cesset, si non legatarii, quod testator falso existimabat, sed ipsius testatoris res esse deprehendatur, cessare quoque debet ista dispositio. Quod & ipse Justinianus non obscure significat, cum ita infert, *quia exitum voluntas defuncti habere potest*. Ejusdem generis exempla, atque ad ea eamdem hanc regulam applicatam videmus in *l.* 4. §. 1. *de man. vind. l. pen.* §. *qui ignoravit* 4. *de jur. & fact. ign.* In iis vero actibus, qui ab animo æstimantur & pendent, certumque propositum gerentis requirunt, cujusmodi sunt aditio & repudiatio hæreditatis, contraria regula probata est, placetque, plus valere, quod est in opinione, quam quod in veritate, *l. is qui*, 15. & *l. seq.* junct. *l. qui hæreditatem* 19. *de acq. hær.* nimirum quia in his error impedit quominus fiat, quod fieri vere poterat si quis sciret, quod in re est: ac proinde quod verum est, procedere non sinit. D. Hotoman. sic generaliter definit, *in errore facti prævalere veritatem; in errore juris plus posse opinionem*. Quod ego falsum esse puto, Nam etsi testator rem suam tamquam legatarii in jure errans legaverit, valebit haud dubie legatum: e contra si in facto errans rem legatarii legaverit tamquam suam, non valebit: ut proinde & in errore juris plus interdum valeat veritas, & in errore facti plus opinio.

TEXTUS.

De alienatione & oppignoratione rei legatæ.

12. *Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit, Celsus putat, si non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi, idemque Divi Severus & Antoninus rescripserunt. Idem rescripserunt, eum, qui post testamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri: & ideo legatarium cum hærede ejus agere posse, ut prædia a creditore luantur. Si vero*

quis

quis partem rei legatæ alienaverit, pars, quæ non est alienata, omnino debetur, pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.

NOTE.

12. *Si non adimendi animo*) Quod colligitur ex causa alienandi: nam si ea necessaria fuit, puta ex causa æris alieni, non creditur, animo adimendi facta alienatio, *l.* 11. §. 12. *eod.* 3. si libera fuit, contra. Quomodo accipiendi textus in *l.* 8. *eod.* 1. *l.* 15. *de adm. legat. l.* 1. & 3. *de pecul. legat. &c.* aut si donaverit, nam in donationem non cadit istiusmodi distinctio, *leg.* 18. *de adimi. leg.* 34. *in fin. de aur. arg. leg.*

COMMENTTRIUS.

1. *Quibus ex rebus conjiciatur, utrum res legata adimendi legati causa alienata sit, necne?*
2. *Responsum quoddam Scævolæ cum aliis locis conciliatum.*
3. *Oppignoratione rei legatæ non videri legatum ademptum.*

PErtinet hic locus *ad tit. seq. de ademptionem leg.* est enim rei legatæ alienatio species tacitæ ademptionis: quoniam hoc ipso quod testator rem in alium transfert, recedere a priore voluntate videtur. Ceterum quia etiam legatum rei alienæ consistit, potest hic oriri voluntatis quæstio, an res adimendi legati animo alienata sit, nec ne, ut si non sit, legatum adhuc peti possit. Quod hic docet Justinianus.

(1) *Si non adimendi animo*) Sed unde hunc animum aut contrarium colligimus? Et causa nimirum alienandi, quæ si libera plane fuit, id est, si testator nulla necessitate compulsus rem alienaverit, puta donaverit, aut cum necesse non erat vendiderit eam, animo adimendi id eum fecisse creditur, *l. rem legatam*, 18. *l. legatum*, 24. §. 1. *de adim. leg.* ac de hoc casu accipiendi textus in *l.* 8. *princ. de legat.* 1. *l. cum servus*, 15. *de adim. leg. l.* 1. & 3. *seqq. de pec. legat.* §. *si quis ancillas*, 17. *infr. item l.* 6. *de legat.* 1. Falluntur enim, qui putant, hac in re quicquam interesse inter legatum purum & conditionale. In quo errore etiam Mynsingerus est. Quod si causa alienandi necessaria, id est, si testator rem legatam vendiderit urgente rei familiaris necessitate, hic contra creditur id anima adimendi legati ab eo factum non esse; & ideo legatum peti potest, nisi probetur; etiam in hac necessitate adimere ei testatorem voluisse, Probatio autem mutatæ voluntatis hic ab hæredibus, quamvis reis, exigitur, *l.* 11. §. *si rem*, 12. *de legat.* 3. quoniam præsumptio pro legatario eodemque actore facit, quasi non videatur extinguendi legati causa alienare: qui etiamsi maxime legatum valere velit, tamen alienare cogit. (2) Cæterum distinctioni propositæ non parum obstare videtur responsum Scævolæ in *l. prædia*, 27. §. *liberto*, 3. *de instr. legat.* Patronus liberto, quem ex parte hæredem scripserat, per præceptionem fundum legavit cum instrumento, & his, quæ in eo fundo futura erant, cum moreretur. Respondet Jurisconsultus sine distinctione etiam vinum in eo fundo repertum, quod vivus testator vendiderat, & cujus pretii partem tertiam acceperat, ad libertum ex causa præceptionis pertinere, nisi contrariam voluntatem hæredes approbent. At vero si alienatio extra casum necessitatis facta argumentum est mutatæ voluntatis, dicendum erat, id vinum pertinere ad cohæredes, nisi de contraria voluntate doceat libertas. Respondent nonnulli; in ea specie Scævolæ venditionem vini factam ante factum testamentum. Ego magis Antonio Fabro assentior, qui *lib.* 1. *conject.* 6. respondet, non debere videri adhuc alienatum vinum, quoad effectum ademptionis legati, quod nondum traditum est; & maxime cujus nomine venditori pretium nondum numeratum, aut eo nomine ei satisfactum est, *arg. l. quod venditi*, 19. *d. cont. empt.* §. *vendita*, 41. *supr. de rer. div.* Plane pro qua parte pretium testator accepit, difficile dictu est, eam quoque partem legato præceptionis contineri: & ego dixerim, petentem pro ea parte exceptionem sommovendum esse.

Divi Severus & Antoninus rescripserunt) Neque responsum Celsi extat, neque hoc Impp. Severi & Antonini rescriptum. Fuisse tamen quod hic traditur, recepti juris, patet ex *l. rem legatam*, 18. *de adim. l.* junct. *l. fideicommissa*; 11. §. *si rem*, 12. *de legat.* 3.

Qui prædia pignori dedit, admisisse legatum non videri) Pignori datio etsi proprie alienatio non est, quippe cum res pignori data in dominio debitoris maneat, eique soluto debito restituenda sit, tamen pro specie alienationis habetur, *l. ult. C. de ren. al. non al.* Cæterum ipsum nomen pignoris satis indicat alienationis necessitatem: neque enim pignus dari solet nisi ab eo, qui necessitate adductus est. (3) Ut proinde recte & superiori sententiæ convenienter Impp. Severus & Antoninus rescripserint, eum, qui rem legatam oppignorat, adimendi animo hoc facere non videri; sive ut ipsi loquuntur, *non videri voluntatem suam circa legatarii personam mutare.* Extat rescriptum in *l.* 3. *C. de leg.* Enimvero audiendum nihilominus hæredem existimarem, si paratus sit ostendere, animo adimendi rem a testatore pignori datam.

Cum hærede agere, ut prædia luerentur) Hoc est, ut hæredes de suo tantam pecuniam creditori solvat, in quantam prædia obligata sunt, atque ita ea prædia obligatione liberata ac redempta legatario præstet, *d. l.* 3. *Cod. hoc tit.* quod tamen accipiendum est secundum distinctionem traditam sub §. *sed etsi*, 5. *eodem.*

Si vero quis partem rei alienaverit, &c.) Hoc omnino præcedentibus est consequens: nam quod juris est in toto quoad totum, id etiam valere debet in parte quoad partem, *l. quæ de toto*, 76. *de rei vind. l.* 81. §. 3. *eod.* Et ideo si pars tantum rei legatæ alienata sit, pars, quæ non est alienata, semper debetur, *leg.* 16. *l.* 8. *in princ. d. legat.* 1. quæ alienata est, debetur, ut non debetur, prout eam [illegible] adimendi alienatam esse constabit.

TEXTUS.

De liberatione legata.

13. *Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est: & neque ab ipso debitore, neque ab hærede ejus potest hæres petere, neque ab alio, qui hæredis loco sit. Sed potest a debitore conveniri, ut liberet eum. Potest etiam quis vel ad tempus jubere ne hæres petat.*

NOTÆ.

13. *Neque ab hærede*) Nisi legatum personæ debitoris cohæreat, *l.* 8. §. 3. *de lib. ling.*

Petere) Cum effectu scilicet, quia petens exceptione doli repelli potest: ipso enim jure legato liberationis non dissolvitur obligatio, *d. l.* 3. §. 3.

Ut liberet eum) Nempe per acceptilationem, *dict. l.* 3. §. 5. *l.* 22. *eod.*

Ad tempus) Cujus legati quæ sit vis, disce ex Pompon. *l.* 8. §. 1. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Liberationem debitori jam certo jure recte legari.*
2. *Quis liberationis legatæ effectus?*
3. *Quis ejus legati, quo damnatur hæres ad tempus non petere?*

QUod Titius nihil debet, id & Sempronio recte legatur, & ipsi Titio debitori meo. Illud legatum est, quod dicitur nominis, de quo plura *inf. sub* §. *tam autem*, 21. *eod.* hoc quod appellatur liberationis, deque hujus legati effectu agitur in præsenti §. Respondet *tit. Pandect. de lib. leg.* ubi variæ hujus legati formulæ occurrunt. Is quoque qui chirographum debitori legat, liberationem legare videtur, *l.* 3. *d. tit.* fac. *l. qui chirographum*, 50. *de legat.* 3. *l. si servum*, 44. §. *eum*, 5. *legat.* 1.

(1) *Legatum utile est*) Liberationem debitori posse legari, jam certus est, ait Jurisconsultus in *l.* 3. *princ. de lib. leg.* quæ verba arguunt, id aliquando controversum fuisse. Cur vero fuerit; significare videtur idem Jurisconsultus *l.* 1. *pr. eod.* ubi ait, debitoribus ea quæ debent, recte legari, licet domini eorum sint. Quippe nostrum proprie non est, quod est in credito, *lgg.* 27. §. 3. *l. de aur. arg. leg.* Boeth. *in Pop. Pecunia, quæ est in nominibus, non est nostra.* Ex eo enim suspicari licet, fuisse antea, qui negarent ipsi debitori, quod debet, recte legari: quia scilicet nemini res sua legari potest. Sed eorum opinio merito explosa est; nihil enim quod debitoris sit, hoc legato contineri intelligitur, sed jus tantum quod creditor habet, seu obligationem debitumve remissum.

(2) *Neque ab ipso debitore*) Legato liberationis non dissolvitur ipso jure obligatio, aut protinus ipso jure debitor liberatur: sed potest liberationis sibi legatæ fructum duplici ratione consequi, excipiendo, si debitum hæres petat; si non petat, ultro ex testamento agendo, ut liberetur, *l.* 3. §. *nunc*, §. *l. quod mihi*, 22. *de l. legavi*, 25. *in pr. eod.* Quamobrem quod alibi dicitur, hæredem petere non posse, *l.* 2. §. 1. *l. si quis*, 15. *eod.* & hoc ipso in textu, id sic accipiendum est, non posse eum efficaciter eam petentem exceptionem doli mali repelli.

Neque ab hærede ejus, neque ab alio, qui hæredis loco) Qualis est bonorum possessio, & is, cui ex fideicommisso hæreditas restituta est. Interdum tamen effectus legati intra personam solius debitoris consistit, veluti si quis ita dixerit, *Hæres meus a solo Lucio Titio ne petito:* vel, *A Lucio Titio, quamdiu vivit, hæredem meum petere nolo.* Quoties enim legatum cohæret personæ legatarii, ad hæredem ejus non transit; sicut nec ullum aliud jus personale ad hæredem transmittitur, *l.* 5. §. 3. *l. Aurelius*, 20. *eod. tit.*

(3) *Ad tempus jubere, ne hæres petat*) Potest hæres damnari, ut ad certum tempus non petat. Cujus legati hic effectus est, ut hæres intra id tempus petens a debitore hæredeve ejus exceptione summoveatur. Cæterum debitor agere non potest, ut liberetur, *d. l.* 8. §. 1., nec per acceptilationem, quoniam acceptilatio in perpetuum obligationem tollit; nec pacto, quod exceptionem perpetuam parit, cum temporalem tantum ex testamento habeat. Ut autem hæres paciscatur cum debitore, ne intra id tempus petat, intra quod testator peti vetuit, ne hoc quidem requirendum est, quia debitori inutile, nihil amplius in eum conferens, quam quod jam habet, exceptionem scilicet temporalem. VINN. Quin & is præcipuus hujus legati effectus est, quod interea usuræ promissæ non debentur, *leg.* 88. *ff. de rupt. just. l.* 177. *ff. de verb. oblig.* VINN.

TEXTUS.

De debito legato creditori.

14. *Ex contrario si debitor creditori suo quod debet, legaverit, inutile est legatum: si nihil plus est in legato, quam in debito; quia nihil amplius per legatum habet. Quod si in diem, vel sub conditione debitum ei pure legaverit; utile est legatum propter repræsentationem. Quod si vivo testatore dies venerit, vel conditio extiterit, Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum, quia semel constitit; quod & verum est. Non enim placuit sententia existimantium, extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenerit, a quo incipere non potest.*

NOTÆ.

14. *Si nihil plus in legato*) Nam ut legatum consistat, necesse est in eo aliquid utilitatis ab initio versari, *l.* 29. *de leg.* 1. §. 10. *ad l. Falc.* Alias non ex testamento agitur, sed ex pristina obligatione, ὡς χρέος ἀπαιτῶν, Schol. Theoph.

In diem, &c.) Vel si alio quocumque modo accidat, ut plus sit in legato, quam in debito, vid. *l.* 28. *& seq. de legat* 1. aut creditoris inte sit, ex testamento potius agere, quam ex pristina obligatione, *leg.* 11. *de lib. leg.*

Quia in eam causam pervenerit) In hac sententia videtur & Paulus fuisse, *l.* 82. *eod.* 2. qui tamen alibi fatetur, novum non esse, ut quod semel utiliter gestum est, duret, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuisset, *l.* 85. §. 1. *de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1. *Quot modis accidat, ut plus sit in legato rei debitæ, quam in debito?*
2. *Taxatur Ant. Fabri nimia confidentia.*
3. *Quando locus sit regulæ,* Quod semel utiliter constitutum est, durare, licet ille casus extiterit unde incipere non potuisset? *& quando locus regulæ contrariæ?*
4. *Pauli a Papiniano dissentientis sententiam a Justiniano improbari.*
5. *Jure C. & Inst. vix esse, ut non sit plus in legato, quam ex debito.*

UT consistat legatum, necesse est in eo aliquid utilitatis aut commodi ab initio versari, quemadmodum sub §. 4. generaliter definimus; ex quo judicandum de legato, quod hic proponitur, si quis creditori suo quod debet legaverit; ut scilicet, si nihil utilitatis aut commodi ex eo legatarius capere possit, uti non potest; si nihil amplius est in legato, quam in debito, legatum non valeat, sin vero emolumenti quid contineat, aut quacumque ratione plus in legato sit, quam in debito, utile sit legatum, *l. si creditori*, 28.

cum

cum l. sequ. de legat. 1. *l. Maevius*, 66 *de legat.* 2. *l. legavi*, 25. *sub fin. de lib. leg. l.* 1. §. *si quis*, 10. *ad leg. Falc.*

In diem vel sub conditione debitum pure legetur) (1) Haec exempli tantum caussa proferuntur; nam longe pluribus modis, quam his duobus accidit, ut plus sit in legato rei debitae, quam in debito; & totidem modis fit, ut legatum sit utile. Videamus ergo, quot modis id fiat. Ut plus in legato sit, quam in debito, primum efficitur debiti repraesentatione, puta si id quod sub conditione aut in diem debetur, pure legetur: sic enim fit ut in legato plus sit tempore, *l. si autem*, 29. *de leg.* 1. *& hoc text.* Secundo si quod loco longinquiore aut minus commodo debebatur, legetur loco citeriore aut commodiore: hoc enim loco plus est in legato, quam in debito, *d. l.* 29. Tertio ut plus sit in legato, saepe efficit nova actio ex testamento; nempe si ea vel efficacior sit vetere, vel plenior. Efficacior est, si vetus removeri poterat exceptione: quae exceptio legato debito remissa creditori intelligitur, *d. l.* 28. *de legat.* 1. Plenior est, si vel diuturnior, ut si vetus actio est honoraria: ubi ideo legatum valet, quia honoraria actio saepe temporaria, ex testamento civilis est & perpetua, *d. l.* 28. vel alias uberior; ut est actio ex testamento, quamvis alia ratione stricti juris, propter incrementum usurarum & fructuum, *l.* 3. *l. usurae*, 34. junct. *l. videamus*, 38. §. *si actionem*, 7. *de usur. l. C. eod.* proinde si id, quod ex stipulatu debebatur, legatum fuerit creditori, legatum utile est, *d. l.* 28. §. 1. Et generaliter toties valet hoc legatum, quoties creditoris interest, ex testamento potius agere, quam ex pristina obligatione, *l.* 11. *de lib. leg.* Erratque adeo perspicue Wesemb. cum negat, ex eo solo videri plus esse in legato quam in credito, quod nomine legati pinguior actio sit. Sed & in eo nonnihil commodi est, quod speciei a debitore eodemque domino legatae dominium statim in creditorem transeat, & pro sola actione personali etiam in rem habere incipiat, *l.* 3. §. 2. *de legat.* 3. Caeterum etsi haec legata ob commoditatem novae actionis sustinentur; quia tamen haereditatem non minuunt, neque ipsa minuuntur lege Falcidia, nec in his creditori legatario fideicommitti potest, *d. l.* 28. §. 1. *d. l.* 3. §. 2. Ubi vero commodum est repraesentationis, pro modo istius commodi Falcidia inducitur, & fideicommissum valet, *l.* 1. §. *si quis*, 10. *ad l. Falcid. l.* 2. *de dot. praeleg.* Si exceptio metuebatur creditoris, fideicommitti potest, *l.* 7. §. *ult. de leg.* 3. VINN. Potest & eatenus pinguius videri legatum, quam debitum, quod quum ex hoc actio dumtaxat personalis competat, ex legato etiam nascitur actio hypothecaria, ob hypothecam legatario competente in rebus defuncti, *l.* 1. *C. comm. de legat.* HEIN.

Propter repraesentationem) Id est, qui ex testamento praesenti die debetur. Repraesentare est ante diem aliud praestare aut solvere, vel antequam aliquid debeatur solvere. Sueton. *August. c. ult. l.* 1. §. 2. *de dot. praeleg. leg. Publius*, 36. §. 1. *de cond. & dom.* Cicero *epist. ad fam. lib.* 16. *epist.* 14. *Dies promissorum adest quem etiam repraesentabo, si adveneris.* Seneca *epist. ad Lucil.* 97. *Petis a me, ut id, quod in diem suum dixeram debere referri, repraesentem.* Gloss. *verb. repraesentare*, ἐμπαρεῖα ποιῶ, *repraesentatio*, ἐμπαρησιασμός. Theoph. omnem accelerationem significat; ut in illis Ciceronis: *repraesentare improbitatem*, *lib.* 16. *ad Attic. epist.* 2. *repraesentare libertatem.* 2. *Philip. cap.* 46. Sic Curtius *lib.* 6. *cap.* 11. *repraesentare consilium* dixit pro *ante diem exequi*.

Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum) Scilicet ut nihilominus id totum, quod debetur, jure legati peti possit: non ut in eo Falcidiae adhuc locus sit, aut fideicommissum creditori impositum exigere liceat; utpote sublata jam utilitate repraesentationis, quae sola legi & oneri locum facit, *l.* 1. §. *si quis*, 10. *ad leg. Falcid. l.* 7. §. *ult. de legat.* 3. *l.* 2. *de dot. praeleg.* (2) Quod visum monere propter confidentiam Ant. Fabri, qui *lib.* 4. *conj.* 22. contra manifestam & auctoritatem juris & rationem affirmare ausus est, etiam in hoc nostro casu, cum dies venit, aut conditio extiterit, & Falcidiae locum dari, & fideicommissum deberi. Falso nimirum ille contendit, cum dies aut conditio legatum facit, Falcidiam non in commodo repraesentationis dumtaxat, sed in toto legato locum habere, legatariumque ratione totius legati fideicommisso gravari posse, temere id colligens ex verbis Papiniani in *l.* 5. *ad leg. Falcid.* eumque cum Paulo in *d. l.* 1. §. *si quis*, 10. *eod.* & Ulpian. *in d. l.* 7. §. *ult. de legat.* 3. *l.* 2. *de dot. praeleg.* qui id diserte negant, nulla necessitate committens. Utique nec rationi convenit, ut Falcidiam patiatur legatarius creditor, aut fideicommissum praestet, qui ex legato praeter commoditatem novae actionis nihil consequitur, nullumque omnino commodum in re sentit. Fac. *l. si creditori*, 28. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 3. §. 2. *de legat.* 3. Extat responsum Papiniani in *l.* 4. *ad l. Falc.*

Existimantium extinctum esse legatum, quia in eam caussam &c.) Hic iterum, ut *supr.* §. 11. occurrunt duae regulae contrariae, quarum una definit, *Quod semel utiliter gestum est durare, etiam si ille casus extiterit, a quo initium capere non potuisset.* Altera contra; *Negotium extingui, cum is casus postea incipit, unde incidere non poterat.* Hae duae propositiones, ut constat, non possunt simul esse verae simpliciter & in universum. Immo neutra earum perpetua est, aut vera in omnibus caussis: *l. in ambiguis*, 85. § 1. *de reg. jur. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.* In negotiis omni ex parte perfectis, id est, quae nihil futuri ad consummationem desiderant, sine exceptione valet prior definitio; numquam ea, quae utiliter sic gesta & consummata sunt, infirmari ob eam caussam, quod ille casus evenerit, a quo consistere non poterat. Idque & apud omnes nunc in confesso est, & semper constitit: exempla suppetunt *l.* 3. *de his qui vel al. jur. l. oratione*, 16. *ult. de rit. nupt. l. donationes*, 31. *in pr. de don. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.* (3) Quod si negotii gesti jus adhuc pendeat, & ad plenam perfectionem ejus adhuc aliquid amplius desideretur, hic aliud atque aliud pro conditione casus postea incidentis placet. Nam si quod postea intervenit, tale sit, ut impediat, quominus negotium recte coeptum ad finem perducatur, placet, quod ante gestum est, resolvi; si non impedit, durare quod bene gestum est, exitumque suum sortiri. Ut ecce, testamentum, legata fideicommissa, etiamsi ab initio utiliter constituta sint, non statim tamen ita plene perficiuntur, ut nihil ad consummationem voluntatis desideretur; reliquum enim adhuc est, ut haeres ex testamento existat, ut legatarius legatum consequatur. Finge nunc, eum, qui testamentum jure fecerat, capite postea minutum esse, servum scilicet factum, aut deportatum, aut adrogatum. Dicimus, irritum fieri testamentum; nempe quia superveniente servitute, deportatione, adrogatione, conditio personae testatoris sic mutatur, ut testamentum habere non possit, ac ne haeredem quidem omnino, *l.* 4. *supr. quib. mod. test. infir. l.* 6. §. *irritum*, 4. *& seqq. de injust. rupt. l.* 8. §. *& seqq. qui test. fac. l. pen.* §. 2. *de bon. poss. sec. tab.* Finge, servo alie-

alieno quid legatum esse, eumque servum postea a testatore redemptum: dicimus similiter legatum extingui quia id quod accidit, impedit ne legatum exitum habere possit, l. 3. §. ult. de his quæ pro non script. Ejusdem generis exempla occurrunt, leg. inter, 83. §. sacram 5. de verb. obl. §. 2. infr. de inut. stip. §. pen. inf. de noxal. act. l. falsus, 43. §. ult. de furt. l. pro parte, 11. de servit. l. si a me C. 1. de judic. l. huic scripturæ, 15. in fin. junct. l. seq. ad leg. Aquil. Sed finge, testatorem post testamentum factum incidisse in furorem aliamve mentis abalienationem, aut amisisse facultatem audiendi, loquendive, aut bonis ei interdictum. Hic contra dicimus, testamentum, quod antea recte factum erat, nullo horum casuum infirmari; quippe quia nec furor interveniens, nec auditus sermonisve amissio, nec bonorum adempta administratio impedit, quominus testamentum exitum habeat, atque ex eo hæreditas cæteraque relicta obtineantur, ut potestatem & fortunas suas testatore retinente, §. 1. & 2. seqq. sup. quib. non est perm. fac. test. l. 6. §. 1. l. is cui, 18. qui test. fac. fuisse Tonell. post DD. vulg. in d. l. pen. §. ult. de verb. obl. Cæterum non idem omnes in omni ejusmodi specie sensisse apparet ex l. existimo, 98. de verb. obl. (4) Atque in casu hic proposito, cum quis quod in diem aut sub conditione debebat, creditori suo pure legaxit, & vivente testatore dies supervenit aut conditio extitit. Paulus in l. debitor, 82. de l. 2. aperte dissentit a Papiniano in l. 5. ad l. Falc. Si demum jam mortuo testatore dies venerit, aut impleta sit conditio, concedit Paulus durare petitionem legati; si vivo adhuc eo, ait legatum inutile effici: quamvis ab initio constiterit. Contra Papinianus etiamsi vivo testatore dies venerit, &c. utile esse hujusmodi legatum scribit, quia semel constitit. Paulus igitur ad jus hujus legati requirit, ut etiam antequam dies aut conditio existat, testator mortuus sit; Papinianus unum tantum hic tempus testamenti spectandum, atque ex eo de vi & jure relicti statuendum existimat, quod consentaneum videtur regulæ Catonianæ. Papiniani sententiam rejecta Pauli Justinianus hic amplexus est. (5) Tota disputatio hujus §. 1. quod Compositores ipsi non animadverterunt, hodie inutilis pene & supervacua videtur: vix enim est, ut legatum debiti jam non sit utile creditori, postquam Justinianus etiam actionem hypothecariam legatariis dedit, & jus taciti pignoris in bonis defuncti, l. 1. C. comm. de legat. ut legatum rei debitæ nihil utilitatis contineat, videlicet quando legatarius creditor etiam extra casum legati jus pignoris habet, constitutum sibi jam ante vel a debitore, vel a lege, ut in specie §. proxime sequentis. VINN. Nemo hanc rem accuratius tractasse videtur Viro eximio, Jacobo Gothofredo in Comment. ad l. 85. §. 1. ff. de reg. jur. pag. 391. ubi regulas has ita conciliat: Quæ ex præsenti vires capiunt, quæque non tantum ab initio semel constiterunt, verum etiam utiliter constituta sunt, quorumque DIES utiliter ante casum existentem CESSIT, ea durante, etsi casus extiterit, a quo initium capere non possent, nisi rei aut personæ status essentialis ita mutatus fuerit, ut jam adimpleri res nequeat. 2. Quæ ex præsenti vires non ceperunt, vel quamvis consistant, non tamen CONSTITUTA sunt ante casum existentem, denique quorum DIES nondum CESSIT, ea evanescunt, emergente casu, a quo initium capere non potuerunt. Ex his duobus regulis egregie solvi quæstiones singulares, idem Gothofredus per inductionem ostendit, simulque docuit, dissensum veterum, quem jam Cujacius observavit, inde esse, quod non satis distinxerint illam: negotium consistit & negotium utiliter constitutum est: quæ diversa admodum esse, nemo non videt. HEIN.

T E X T U S.

De dote uxori legata.

15. *Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum: quia plenius est legatum, quam de dote actio. Sed si, quam non accepit, dotem legaverit, Divi Severus & Antoninus rescripserunt, si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum: si vero certa pecunia vel certum corpus, aut instrumenta dotis in prælegando demonstrata sunt, valere legatum.*

N O T Æ.

14. *Plenius est legatum*) Propter repræsentationem in dote pecuniaria, quæ annua, bima, trima die, ἐνιαυτῷ, διετίᾳ, τριετίᾳ, id est, tribus annuis pensionibus reddebatur. Ulpian. tit. 6. §. 5. Hodie autem dos rerum mobilium annua die præstatur, l. unic. §. 7. C. de rei ux. act. In legato immobilium etsi non est repræsentatio, Ulpian. dict. loc. & dict. l. un. valet tamen legatum propter commoditatem novæ actionis. Vid. in comment.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Jure antiquo in relegatione dotis semper plus fuisse, quam in obligatione.*
2. *An novo jure adhuc aliquid in ejusmodi legato commodi?*
3. *Quid juris, si, quæ non accepta est, dos aut simpliciter legata sit, aut demonstrata certa quantitate vel corpore?*

Si uxori maritus dotem legaverit) Exemplum legati rei debitæ; proinde quid hic statuendum sit, discamus ex superiore regula, ut si plus sit in legato, quam in debito, legatum valeat; nihil amplius, legatum sit inutile.

Quia plenius est legatum, quam de dote actio) Hæc verba arguunt, veteres semper existimavisse, plus esse in legato quam in obligatione dotis, ut proinde relegatio dotis non potuerit jure veteri valere, facit tit. de dot. præleg. Ut autem legatum plenius esset, faciebat aut utilitas repræsentationis in dote pecuniaria, cujus repetitio dilationem habebat, ut annua, bima, trima die, ἐνιαυτῷ, διετίᾳ, τριετίᾳ id est, tribus annuis pensionibus redderetur, legatum autem statim peti poterat, l. 1. §. 2. l. 2. de tit. Ulp. tit. 9. §. 5. aut commoditas novæ actionis; nam etsi cæteræ dotes statim reddebantur, teste Ulp. dict. l. tamen dote prælegata hoc commodum sentiebat uxor, quod dominium rei dotalis statim ad eam redibat, actionemque in rem consequebatur, cum pro dote repetenda personalem tantum actionem rei uxoriæ haberet, argum l. 3. §. 2. de legat. 3. aut si dotem sibi reddi stipulata fuerat, quod pro actione ex stipulato consequebatur actionem ex testamento, imitantem in plerisque naturam actionum bonæ fidei: per leg. si creditoris, 28. §. 1. de legat. 1. Ad hæc variæ olim actioni de dote objiciebantur exceptiones & retentiones; sæpe etiam dos lucro mariti cedebat, vide Ulpian. dict. tit. 6. leg. 15. §. 1. solut. matrim. leg. unic. §. taceat. 5. & seq. Cod. de rei uxor act. quibus locus non erat dote relegata. (1) Justinianus vero jus & petitionem mulieris sic auxit, d. l. un. & l. in rebus, 20. de jur. dot. ut

ut non videam, quid commodi nunc ex relegatione dotis capi possit; nisi quod jure legati etiam res dotales mobiles statim reddendæ sunt, quarum alioquin præstatio animi dilationem constitutione Justiniani habet, *d. l. un. §. cum autem*, 7. *versf. exactio*. Tentari tamen potest cum plerisque Interpretibus, etiam post constitutiones Justiniani relegationem in universum utilem censeri debere, propterea quod agenti ex testamento non potest objici exceptio, quam vocant competentiæ. Tametsi enim non omnibus hæredibus mariti conventis actione de dote hoc beneficium competit, *l. sciendum* 25. *de rei jud.* sufficit tamen, communi filio, qui patri hæres extitit, competere, *l. etiam filius*, 18. *solut. matr.* atque ita aliquando legatum utile posse, & solidum obtineri, ubi alias in id tantum fieret condemnatio, quod reus facere posset. VINN. Sed hæc commoda legati non adeo magni momenti sunt. Actionem enim realem uxor soluto matrimonio habet tamquam domina dotis. Actio ex stipulatu de dote æque bonæ fidei & pinguis est, ac actio ex testamento, excepta repræsentatione. Denique merito dubites an liberi beneficium competentiæ ob legatum hoc amittant, vid. *l.* 12. *l.* 13. *l.* 18. *ff. solut. matrim. l.* 25. *de re jud.* junct. *l.* 67. §. 8. *de legat.* 2. observavit id contra Lauterbachium celeberrimus Pagenstech. *in Admonit. ad ff. Part.* 5. §. 116. HEIN.

(2) *Si quidem simpliciter, inutile est legatum*) Si dos uxori prælegata sit non designata certa quantitate aut certo corpore demonstrato, & dos nulla data sit, legatum inutile est: quia apparere non potest, quid aut quantum fuerit legatum. Neque hoc tantum in dote non accepta & simpliciter legata obtinet; sed etiam in omni simili legato incertæ rei aut quantitatis, *leg. sic legatum*, 75. §. 1. *de legat.* 1. *l. legavi*, 25. *sub fin. de lib. legat.* fac. *l. cum post*, 69. §. *general.* 4. *de jur. dot.*

(3) *Si vero certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumenta*) Veluti, *Centum quæ in dotem accepi*: aut, *Fundum Tusculanum, mihi in dotem datum, uxori do, lego*, aut, *Centum, quæ instrumento dotali conscripta sunt*, *l.* 3. *l. ult. Cod. de fals. ca. adi. leg.*

Valere legatum) *d. l. legavi*, 25. *in fin. de lib. leg. dict. l.* 3. *& ult. C. de fals. ca. adi. legat. dict. l. si sic legatum*, 75. §. 1. *in fin. de legat.* 1. Ratio aperta est, & expressa dictis locis; quia falsa demonstratio legatum non vitiat; de quo pluscula *infr.* §. *huic proxima*, 30. *eod.* Eadem ratione si major quantitas legato comprehensa sit, quam in dotem accepta, valebit legatum etiam in id, quod acceptum excedit, *l.* 6. *de dot. prael.* Obstare tamen his, quæ diximus, videtur, quod Ulpianus scribit, *leg.* 1. §. *sed & si*, 7. *eod. tit.* si quis ita legaverit, *Centum quæ in arca habeo*, aut, *quæ ille apud me deposuit*, & nihil in arca sit: aut depositum fuerit, nihil deberi; accommodans hoc ipsum ad casum dotis non acceptæ & prælegatæ. Sed recte respondet Jo: Faber: Referre, utrum legetur certa quantitas ut quantitas, an ut certum corpus aut species, veluti *Centum, quæ in arca habeo*, *l. plane*, 34. §. *sed hoc*, 4. *leg. si*, 51. *de legat.* 1. Priore casu falsam demonstrationem non nocere legato; posteriore idem juris esse, quod certo corpore, quod non extat, demonstrato, ut si quidem extet quantitas sic designata, legatum valeat, si non extet, utile sit, *leg. si servus*, 108. §. *qui quinque*, 10. *de legat.* 1. *leg. omnia*, 32. §. *species*, 5. *de legat.* 2.

TEXTUS.

De interitu & mutatione rei legatæ.

16. *Si res legata sine facto hæredis, perierit, legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine facto hæredis manumissus fuerit, non tenetur hæres. Si vero hæredis servus legatus sit, & ipse eum manumiserit, teneri eum, Julianus scripsit: nec interest sciverit, an ignoraverit, a se eum legatum esse. Sed & si alii donaverit servum, & is, cui donatus est, eum amiserit, tenetur hæres: quamvis ignoraverit, a se eum legatum esse.*

NOTÆ.

16. *Sine facto hæredis*) Sive naturali interitu, v. c. si servus legatus ἰδίῳ θανάτῳ, *sua morte*, ut Sveton. *in Jul. cap. ult.* defunctus sit, sive facto alieno, nisi mora hæredis intervenerit, *l.* 36. §. *ultim. l.* 47. §. *ult. de leg.* 1. *l.* 23. *de verb. oblig.* Vide in comment.

Legatario decedit) Et hæres liberatur, ut & cæteri debitores, qui certam speciem debent, *dict. l.* 23.

Sine facto hæredis manumissus) *leg.* 36. *de leg.* 1. hæc enim manumissio morti proxima est, *leg.* 92. *de solut.*

Nec interest sciverit, &c.) *l.* 112. §. 1. *eod.* 1. *l.* 28. *qui & a quib. man. l.* 91. §. 4. *de verb. oblig.* Ratio est in *l.* 25. §. 2. *in fin. ad Treb.*

COMMENTARIUS.

1. *Servi alieni qui legatus sit, manumissione hæredem ita liberari, ut nec æstimationem debeat; & quid si res legata evicta sit?*
2. *Hæredem, qui servum proprium a se legatum vel ignorans manumisit, obligatum remanere: & cur nominatim hoc pronuntietur de servo hæredis proprio?*

Hujus §. doctrina pertinet ad locum communem de liberatione debitorum, quæ contingit interitu rei debitæ: Sic enim in universum jus est, ut rei debitæ interitu, qui sine facto aut culpa debitoris contigit, obligatio extinguatur, ita ut nec ulla æstimationis petitio supersit, *leg. si ex legati*, 23. *de verbor. oblig. leg. in ratione*, 30. §. *res tamen*, 6. *ad leg. Falcid. l. cum res*, 47. §. *ult. de legat.* 1.

Si res) Id est, res certa, species, seu certum corpus, *l. non amplius*, 26. §. 1. *de legat.* 1. *d. l. si ex legati*, 23. *de verb. obl. d. l. in ratione*, 30. §. *certis*, 4. *ad leg. Fac.* idque ex prædicato, *perierit*, satis intelligitur, quod in res certas seu species solum cadit. Nam cum res incerta, puta homo generatim, aut centum aurei, legata aut in obligationem deducta est: numquam dici potest res legata aut alias debita periisse; quoniam omnes homines vocabulo hominis, & quicumque aurei generaliter & infinite centum legato aut obligatione continentur: eoque fit, ut in his nullo rerum casu sive hæres sive quis alius debitor liberetur, *d. l. in ratione*, 30. §. *incertæ*, 5. *ad leg. Falcid. l. incendium*, 11. *C. si cert. pet.* Utrum autem certa species legata sit, an quantitas instar certæ speciei, veluti centum aurei, qui in arca sunt, nihil interest, *dict. l. in ratione*, 30. §. *certis*, 4. *l. si certos*, 37. *de verb. obl.*

Sine facto hæredis perierit) Sive naturali interitu, sive facto alieno, puta si servum legatum alius occiderit, *l. ar-*

l. arbitrio, 18. §. *ult. de dol.* Nam si ipsius hæredis facto res periit, non magis id legatario nocere debet, quam cæteris creditoribus, quæ facto debitorem contingerunt. Sed & si res naturali facto perierit, cæterum post moram ab hærede factam, hæredis id detrimentum erit, *l. cum servus*, 39. §. 1. *de legat.* 1. Certa enim est juris regula, mora interveniente, perpetuari obligationem, ut post moram re perempta nihilo secius teneatur debitor, quam res adhuc extaret, *d. l. ex legati*, 23. *de verb. oblig. l. nemo*, 82. §. 1. *l. si servum*, 91. §. *sequitur*, 3. *eod. l.* 5. *de reb. cred.* de quo commodius infra in materia obligationum. Ait, *perierit*. Periisse non tantum res intelligitur, cum in rerum natura esse desiit; verum etiam commercio exempta est, §. 1. & 2. *infr. de inut. stip. leg. inter*, 83. §. *sacram.* 5. *de verb. obl. l. si mihi*, 92. *de solut.*

Legatario decedit) Hoc locis compluribus traditum, *leg. non amplius*, 26. §. 1. *l. Titiæ*, 36. §. *ult. l. cum res*, 47. §. *ult. l. si quis inquilinos*, 112. §. 1. *de legat.* 1. *dict. si ex legati*, 23. *de verb. obl.* atque, ut superius diximus, jus est commune omnium debitorum, qui certam speciem debent.

Sine facto hæredis manumissus) Etiam servi alieni legati manumissione hæres liberatur, si nulla ejus culpa argui potest, *l. si hæres*, 35. *de legat.* 1. *si servum*, 91. §. 1. *vers. fin. autem de verb. oblig. si mihi*, 92. *de solut.* ubi Paulus hanc manumissionem ait morti similem esse: scilicet quia manumissione servus commercio eximitur. (1) Quare nec æstimationem præstare hæres tenetur, quam præstare cogitur, cum res adhuc extat, eamque dominus non vult vendere, §. 4. *supr.* Quid si res legata non perempta, sed lagatario evicta sit? Et si quidem ex causa pignoris evicta sit a creditore, hæres obligatus manet: nec interest, generaliter res legata sit, an una aliqua specialiter & certa; nam nec illo casu sufficit rem talem dare qualis est; sed ita dare oportet, ut eam habere liceat, *l. qui concubinam*, 29. §. *pen. de legat.* 3. *l. si a substituto*, 45. §. 1. *eod.* 1. & hoc casu tenetur hæres rem obligatam nexu pignoris liberare, §. 5. *supr.* Sin autem evicta fuerit a domino ut res aliena, hic interest, in genere res legata sit, an in specie; nam si in genere, & hæres unam aliquam ex eo genere dederit, quæ postea a domino evincatur, non liberabitur, ob eamdem scilicet causam, quam modo dixi; si vero in specie, puta Stichus aut Pamphilus, sic distinguendum est; ut si testator eam rem tamquam alienam legaverit, teneatur hæres eam redimere, aut æstimatiouem ejus dare, §. 4. *supr.* si tamquam suam, placet hæredem liberari, modo præstet rem talem, qualis apud testatorem fuit, *l. cum pater*, 77. §. *evictis*, 8. *de legat.* 2.

(2) *Hæredis servus legatus, & ipse eum manumiserit*) Si hæres servum proprium a se legatum manumiserit, obligatus remanet, & tenetur in ejus æstimationem, perinde quasi occidisset; nec refert, sciverit, an ignoraverit, a se legatum esse, *l. si quis*, 112. §. 1. *de legat.* 1. *l. hæres*, 28. *qui & a quib. man.* quippe etiam manumissione res interire intelligitur, quia desinit esse in commercio, & nemo suo se facto obligatione liberare, alterique damnum afferre potest, *l. quidam*, 25. §. 3. *in fin. ad SC. Trebel. l. si servum*, 91. *de verb. obl.* Quod ergo dicitur in *d. l. hæres*, 28. *qui & a quib. man.* hæredem servum proprium, quem testator legaverat, manumittendo nihil agere, ad effectum liberationis, non ad effectum libertatis referendum, ut nihil agere dicatur, quia manumittendo non efficit, quominus obligatus maneat; quod etiam Accursius observavit. Non obstat huic sententiæ, quod excusatur ginorantia ejus, qui servum indebitum sibi manumisit, *l. in summa*, 65. §. *pen. de cond. ind.* Nam indebiti condictio, utpote quæ ex bono & æquo introducta est, nihil revocare consuevit, præter iniquum lucrum, *l. pen. eod. tit.* Cur vero Justinianus hoc loco, & Jurisconsulti, *d. l. si quis inquilinis*, 112. §. 1. & *d. l. hæres*, 28. nominatim louuuntur de servo hæredis proprio? Nimirum quia hæres servum testatoris a se legatum aut per fideicommissum alteri relictum ne manumittere quidem potest, sicut nec quamvis aliam rem, quam restituere jus est, alienandi potestatem habet, *l. ult.* §. 3. *C. comm. de leg.* Quin etsi sub conditione servus testatoris legatus fuerit, licet pendente conditione pleno jure hæredis sit, placet tamen, libertatem ab hærede consequi non posse, *l. generaliter*, 26. §. 1. *qui & a quib. man.* Sed quid est igitur, quod Paulus in *l. si servum*, 91. §. 2. *de verb. obl.* scribit Julianum putasse, teneri hæredem, qui, cum nesciret, a se petitum codicillis ut restitueret, manumisit? nam libertate non procedente, non potest dici manumisisse. Responsum ipsum Juliani, quod extat in *l. quidem*, 25. §. 2. *ad SC. Treb.* rem expediet. Non ait Julianus servum hæreditarium ab hærede legatum, aut quem nominatim hæres restituere rogatus est, posse manumissione hæredis liberum fieri: sed posse hæredem, qui hæreditatem restituere jussus est, servum, qui ex ea hæreditate sit, manumittere, ut tamen obligatus maneat, pretiumque servi fideicommissario præstet. Inter quæ multum interest. Nam cum servus hæreditarius certus specialiter legatus est, manifestum est, testatorem velle hunc ipsum servum præstari, non æstimationem ejus. At si fideicomisso hæreditatis potest favore alicujus rei, quæ in ea hæreditate sit, alia interpretatio voluntatis recipi, quasi ad sensum testatoris nihil intersit, utrum res ipsa, an æstimatio præstetur.

Sed & si alii donaverit, & is eum manumiserit, &c.) Hæres, qui servum proprium a se legatum alteri donavit, quamvis eum a se legatum ignoret, tamen si is, cui donatus est, eum manumiserit, tenetur in servi æstimationem, *d. l. si quis inquilinos*, 112. §. 1. *de legat.* 1. Ratio eadem, quæ in specie præcedente; quia facto hæredis accidit, ut servus commercio sit exemptus; quod alteri damnum afferre non debet. Tantum hic non proxima, sed remota causa hæres est.

TEXTUS.

De interitu quarumdam ex pluribus rebus legatis.

17. *Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancillæ mortuæ fuerint, partus legato cedunt. Idem est & si ordinarii servi cum vicariis legati fuerint: quia licet mortui sint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt. Sed si servus fuerit cum peculio legatus, mortuo servo, vel manumisso, vel alienato, peculii legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus, vel cum instrumento legatus fuerit: nam fundo alienato, & instrumenti legatum extinguitur.*

NOTÆ.

17. *Idem est, si ordinarii cum vicariis*) Nam vicarii hic non considerantur, ut pars peculii ordinariorum, sed ut eorum conservi, ut & revera sunt, *leg.* 9. *dict. tit.* itaque etiam in hac specie duo sunt legata separata, *leg.* 4. *d. tit.*

Sed

(*Sed si servus cum peculio, &c.*) *l. 1. d. tit.* Ratio est, quia peculium accessionis locum obtinet, cujusmodi, perempta re principali, & ipsa extingui solent, *l. 2. d. tit. l. 178. de reg. jur.*

Idem est, si fundus instructus) Quia nec hic duo sunt separata & principalia legata, sed unum rei principalis, alterum accessionis: spectanda tamen mens testatoris, *leg. 1. §. 1. 5. de instr. vel instrum. leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Si ancilla cum suis natis legata sit, duo intelligi legata separata & æque principalia.*
2 *Idem esse, si servus cum vicariis suis legatus sit.*
3 *Secus, si servus cum peculio, aut penus cum vasis.*
4 *Aut si fundus instructus, vel cum instrumento.*
5 *Paulus cum Justiniano conciliatus.*

HOC §. 3. *seqq.* docetur, quid juris sit, si rei legatæ vivo testatore vel decesserit aliquid vel accesserit. Si aliquid decesserit, ita jus est, ut neque legatum extinguatur, nisi quod decessit, sit principale, reliquum accessorium; neque hæres teneatur supplere, quod decessit, sed præstatione ejus quod superest, liberetur. Hæc res quatuor exemplis declaratur; legati ancillæ cum suis natis; servorum ordinariorum cum vicariis. *hoc* §. legati gregis, §. *seq.* legati peculii, §. 20. Cæterum, ut dixi, ita quod superest, legato cedit, si id quoque principaliter legatum sit, non si ut accessio ejus, quod decessit: nam perempta re principali etiam legatum accessionis extinguitur; quod ostenditur hoc §. exemplo legati servi cum peculio; item fundi cum instrumento legati. Si quid accesserit, placet etiam illud legato cedere, cujus rei tria exempla proferuntur, legati gregis, cui postea adjecta plura capita, §. *seq.* legati ædium, quibus adjectæ columnæ & marmora, §. 19. legati peculii, cui deinde aliquid, *d.* §. 20. Late autem hic locus patet. Nam huc etiam pertinent fructus, usuræ, pensiones prædiorum, partus, fœtus, alluvio, insula in confinio nata, & plura alia, quæ hic non tangit Justinianus, *t. 8. l. quod in rerum. 24. §. 2. & 3. l. cum servus, 38. §. 1. de legat. 1. l. 10. si oreæ, 39. de legat. 4. l. sæpe, 16. eod. 3.*

(1) *Partus legato cedunt*) *l. si ancilla, 62. cum l. seq. de legat. 1.* Poterat videri unum hic esse legatum principale: alterum, natorum scilicet, accessorium: quod etiam Servio visum fuit, qui ob id, mortua ancilla, negabat partum deberi. Sed revera liberi matris accessio non sunt; statim enim ut sunt editi, separatam plane habent existentiam, & ideo recte Paulus scribit, duo hic esse legata separata, hoc est, æque principalia, *l. 3. de pec. leg.* & Celsus in *l. si ancilla, 63. de legat. 1.* sententiam Servi ut falsam nec voluntati defuncti accommodatam rejicit. Ego quoque sententiam Jo: Fabri & Aretini falsam esse puto, & voluntati testatoris minime consentaneam, qui existimant, si pecudes cum fœtu fuerint, morte pecudum legatum fœtus tamquam accessorium extingui. VINN. Genuina ratio, cur nec ancillæ partus, nec fœtus animalis haberentur, hæc esse videtur, quia post partum non pertinet ad ancillam vel animal, sed ad dominum, adeoque hujus respectu utraque res erat separata, utraque principalis, nullaque remanebat inter matrem & fœtum connexio. HEIN.

Idem est, si ordinarii cum vicariis) Hic eadem dubitatio occurrit, quæ in casu præcedenti: nam ut peculium servi accessio est, ita & servi vicarii, qui sunt in peculio ordinariorum, *l. 17. de pecul.* etiam horum accessio videntur, ac proinde, his mortuis, illos ex legato non deberi. Illud utique certum est, mortuo servo ordinario, qui cum peculio legatus est, peculii legatum ita extingui, ut nec vicarii, qui in ejus peculio sunt, debeantur. (2) Et sane fatendum est, servos vicarios accessionis locum obtinere; quatenus considerantur, ut pars peculii ordinariorum: cæterum ut ex se non sunt, sed revera ordinariorum conservi *l. 9. de pec. leg.* Atque ut tales considerantur in casu proposito, cum diserte cum ordinariis & ipsi legantur, ut hic quoque sint duo legata separata, & vicarii æque principaliter ut ordinarii legati intelligantur, *l. 4. dict. tit.*

Sed si servus cum peculio) Servo legato cum peculio, & alienato vel manumisso, aut mortuo legatum etiam peculii extinguitur, *l. 1. de pec. leg.* Cur tam varie? quia peculium accessionis locum obtinet: cujus conditionis, quæ sunt, extingui solent, cum principales res peremptæ fuerunt: ratio reddita a Cajo in *l. 2. d. tit.* (3) Eadem ratione placet, & penu certa cum vasis legata & consumpta, ne vasa quidem deberi, *l. 4. in princ. de pen. leg.* Hoc tamen inter peculium & vasa penuaria interest, quod peculium non est simplex & mera accessio, quæ necessario servum sequatur; quippe si simpliciter servus legatus sit, peculium legato non cedit, *l. si legat. 24. de pec. leg.* Sed vasa penuaria pura puta sine accessio; & ideo penu simpliciter legata, vasa quoque, sine quibus recte penus haberi non potest, legato continentur, *l. 3. §. ult. d. l. 4. pr. de pen. legat.*

(4) *Si fundus instructus, vel cum instrumento*) Exemplum simile proxime præcedenti: ideo enim fundo cum instrumento legato & alienato etiam legatum instrumenti extinguitur; quia hic non sunt duo diversa & separata legata, sed unum rei principalis, alterum accessionis & sequelæ. Nam instrumentum fundi accessio est. Et si quidem sic aliquis legaverit *fundum cum instrumento*, alienato fundo instrumento peti non posse semper constituit, *l. 1. §. 1. l. 4. de instrum. leg.* Cæterum an idem sit, si sic legaverit, *fundum & instrumentum*; aut *fundum instructum*, non satis convenit. Labeo *l. 1. epithan.* putat, inter omnes hasce scripturas nihil interesse, *l. 5. de instruct. leg.* Justinianus quoque hoc loco idem prædicat de legato fundi instructi & legato fundi cum instrumento. Denique & Paulus eadem duo ut eamdem vim habentia conjungit, *d. l. in princ. eod tit.* Verum idem Paulus in notis ad Labeonem *d. l. 7.* hanc scripturam, *fundum cum instrumento*, a cæteris diserte separat sic ut dicat, ex illa scriptura, fundo alienato, nihil deberi: ex duabus reliquis posse instrumentum esse legatum. Eguinarius Baro existimat, Paulum cum Justiniano nullo modo conciliari posse. Hotomanus etiam secum pugnare, atque ex insita sibi cum Labeone simultate solo Labeonis redarguendi studio contrarium respondisse. Verum ergo, ut fatear, Paulum eo genere morbi laborasse, eoque correptum aliquando non satis bona fide cum Labeone agere, ut videre est in *l. pen. §. 1. & 2. de acq. rer. dom. l. ult. de usuc.* & fortassis sic etiam Labeonem ab eo tractari in *d. l. 5.* non arbitror tamen aut secum eum pugnare, aut cum Justiniano. Labeo dixerat, inter superiores scripturas omnes nihil interesse. (5) Paulus ait, interesse: nam ex hac scriptura, *fundum cum instrumento*, alienato fundo, nihil deberi: ex his *fundum & instrumentum*; vel *fundum instructum*, posse instrumentum esse legatum. Quasi dicat,

in hac specie, cum fundus cum instrumento legatus est, tam perspicuum est, testatorem instrumentum accessionis loco habuisse, ut alienato postea fundo, frustra de mente testatoris, quod ad legatum instrumenti attinet, disputetur: quod ipse *d. l. 1. §. 1. de instruct. leg.* sic expressit, *fundo cum instrumento legato & alienato, instrumentum non vindicabitur ex sententia defuncti*. Cum autem fundus & instrumentum, aut fundus instructus legatus est, licet regulariter etiam utroque hoc casu legatum instrumenti pro accessorio habeatur, eoque alienato fundo legatum instrumenti evanescat: tamen quia mens testatoris hic non tam plana ac perspicua est, quam in specie superiore, ideo admitti posse quæstionem voluntatis, & tentari fundo alienato nihilominus instrumentum, tanquam separatim atque principaliter legatum, ex sententia testatoris deberi, eoque probato, legatarium vincere. Non pugnat igitur secum Paulus, cum in *d. l. 1. in princ.* ait, sive cum instrumento fundus legatus sit, sive instructus duo legata intelligi: nam in illa specie alterum semper accessorium est, in hac potest utrumque esse principale. Sed nec cum Justiniano, quippe qui quod regulare est, hic tantum proposuit: quod fecit & Labeo *dict. l. 5.* quem idcirco explicari potius a Paulo, quam taxari oportuit. Ad hunc ferme modum hæc quoque componunt Cujac. Wesemb. post Bart. *d. l. 5.* aliter *l. 40. ibid.* Minf. Balduin. *hic*. Quanto plenius sit legatum fundi instructi, quam fundi cum instrumento, docet Ulpian. *l. quæsitum 12. §. si supellex 15. & §. sed si fundus 18. cum seqq. de instruct. vel instrum. legat.*

T E X T U S.

De grege legato.

18. *Si grex legatus fuerit, & postea ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit vindicari potest. Grege autem legato etiam eas oves, quæ post testamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere, Julianus ait. Est autem gregis unum corpus ex distantibus capitibus: sicut ædium unum corpus ex cohærentibus lapidibus.*

N O T Æ.

18. *Si grex legatur, &c. quod superfuerit vindicari.*) Quamvis grex esse desierit, quæ ratio est dubitandi, *l. 22. de legat. 1.* Sed nimirum qui gregem legat, etiam singula capita, quæ in eo grege sunt, ut partes totius legare intelligitur, per *l. 113. de reg. jur.* Aliud juris est in legato usufruct. gregis, *leg. ultim. quib. mod. us. am.* ususfructus rei mutatione extinguitur, vid. *sup. §. pen. de usufruct.*

Unum corpus) De generibus corporum vid. 30. *de usurp. & usuc.*

COMMENTARIUS.

1 *Ratio dubitandi circa priorem speciem hujus §. & cur non idem in legato usufructu gregis remissive?*
2 *Ratio exempli posterioris.*

(1) GRege legato, si numerus ovium decreverit, tamen quæ supersunt capita debentur, etiamsi unica tantum ovis reliqua sit, *l. si grege 22. de legat. 1.* Quo loco Pomponius etiam dubitandi causam significat: quæ hæc esse poterat, quod rei legatæ interitu legatum extinguitur, §. *si res 16. sup. eod.* Etenim grex etsi neque accretione neque decretione mutetur, sed idem maneat, *l. si cum 21. §. 1. de exc. rei judic.* tamen ubi decrevit usque ad numerum minorem decem, interiisse censetur, quia iste numerus gregem non constituit, *l. ult. de abig. l. ult. quib. mod. us. am.* vid. *l. 75. §. ult. de leg. 2.* Fabrot. *ad Dh. h. l. 79. de legat. 3.* Gregem autem legavit testator, non separatim singula capita, quæ aliud sunt, quam grex, *l. 1. in fin. de rei vind.* Dicendum est, eum, qui gregem legat, omnia capita, quæ in eo grege sunt, legare intelligi, atque ideo quicquid ex grege superest, die legati cedente, legatario deberi. Licet enim capita, quæ supersunt, pauciora sint, quam ut per se gregem constituant, tamen quotquot supersunt, pars sunt aut fuerunt illius gregis, qui legatus est; ac proinde etiam legato continentur, *l. in toto 113 de reg. jur.* Nam nec area insula est: & tamen si insula legata combusta sit, responsum est, aream adhuc vindicari posse, *d. l. si grege 22.* Nimirum quia area pars est aut fuit rei legatæ, id est, insulæ, *l. qui res 89. §. aream 4. vers. non est, de solut.* Nec est contrarium, quod traditur in *leg. ult. quib. mod. us. am.* usumfructum gregis legatum, si in eum numerum pecus reciderit, quo grex constare non potest, perire. Aliud enim longe juris est in legato gregis, aliud in legato usufructu gregis. Diversitatis rationem alibi diligenter exposui sub §. *pen. sup. de usufr.*

Ad unam ovem) Quamvis enim unica hæc ovis gregem non constituat, id est, universitatem multorum capitum; est tamen unum ex capitibus illis, quæ gregem constituebant, ac proinde pars rei legatæ. Vide & *l. peculium 51. §. 1. de legat. 2. l. si chorus 79. de legat. 3.* Fabrot. *ad Theoph. hic.*

Post testamentum gregi adjiciuntur) Exemplum contrarium, cum rei legatæ vivo testatore aliquid accessit. Cui grex legatus est, ad eum etiam omnia capita pertinent, quæ postea gregi adjecta sunt, *l. grege 21. de legat. 1.* Ratio est, quia testator non illum gregem, quantum tunc erat, sed plane quantuscumque erit, cum dies legati cedet, legasse intelligitur. In summa grex legatario crescit & decrescit. Eademque ratio legati armenti & equitii.

Unum corpus ex distantibus capitibus) Ut ædium, sic etiam gregis unum corpus est: verum illud *συνεχὲς*, id est, *connexum*, atque ex pluribus partibus inter se cohærentibus constans: hoc *διεστὼς*, *disjunctum*, constans ex pluribus corporibus distantibus, ut populus, legio, collegium, *l. in rem 23. §. item quæcumque 5. de rei vind. l. rerum 30. de usur.*

T E X T U S.

De ædibus legatis.

19. *Ædibus denique legatis, columnas & marmora quæ post testamentum factum adjecta sunt, legato dicimus cedere.*

COMMENTARIUS.

Si areæ legatæ domus imposita sit, superficiem simul cum solo deberi. Et quid si res legata in aliam speciem mutata sit?

ALiud exemplum argumenti rei legatæ. (1) Per columnas autem & marmora quælibet additamenta intell-

intelligenda sunt, *l. cætera* 41. §. *item* 9. *& seqq. de legat.* 1. Sed & si areæ legatæ domus imposita sit, placet domum, hoc est, & solum & superficiem deberi, ut diserte traditum est *in l. si areæ* 39. *de legat.* 2. & *l. si servum* 44. *si areæ* 4. *de legat.* 1. ubi hæc quidem additur exceptio, nisi testator mutavit voluntatem: sed exceptio illa confirmat, solo eo facto testatorem voluntatem mutasse non videri; ac proinde in dubio aream cum superficie deberi. Quippe cui superficies etiam alia jure accessionis cedit; ut res aucta potius, quam mutata videatur, §. *cum in suo* 29. *& seqq. sup. de rerum divis. leg. qui res* 98. §. *ult. de solut.* Non est contrarium, quod apud Cajum scriptum est; si domum, quæ legata erat, destructa, aliam eodem loco testator ædificaverit, legatum non deberi, *l. si ita legatum* 65. §. *ult. de legat.* 1. quia destructione rei legatæ legatum interit, veluti si domum legatam testator diruat, navem legatam dissolvat, *l. lana* 88. §. *de legat.* 3. Nova autem domus non debetur, quia non intelligitur legata; nisi aliud testatorem sensisse fuerit approbatum. Magis obstat locum Celsi in *l. si chorus* 79. §. *penult. de l.* 3. & omnino adversatur, nisi hæc Celsi verba *quamquam tunc peti non poterat*, per concessionem accipiantur: ut sit hic sensus, quamvis ponatur is casus, quo tunc, id est, stante ædificio, legatum peti non potuit, uti non potest, cum constat testatorem sic ædificasse, ut nollet domum deberi, quæ exceptio est *dict. l. servum* 44. §. *si areæ* 4. *de legat.* 1. tamen nunc, id est, ædificio destructo, posse aream peti, quia mutatio voluntatis tantum in eo fuit, ne domus deberetur: ita Duar. *ad l.* 8. *de legat.* 1. Donell. 8. *comment.* 17. Quod si res legata in aliam speciem mutata fuerit, si quidem ea species ad pristinam materiem redire non potest, veluti si ex marmore statua, ex lana legata vestis, ex materia legata navis facta sit, legatum intercidit, *l. quæsitum* 78. §. *illud* 4. *dict. leg. lana* 88. *princ. &* §. 1. *de legat.* 3. Si vero species, in quam res translata est, in suum initium redigi potest, veluti si massa legata, scyphi ex ea facti sint, placet consistere legatum, atque in hujusmodi materiam prævalere, *dict. leg. quæsitum* 78. §. *illud* 4. *dict. l. lana* 88. §. *ultim.* fac. §. *cum ex aliena* 25. *sup. de rer. divis.* nisi tamen aut hic hæres probet, testatorem a legato recessisse, aut illic legatarius probet, non recessisse: quomodo accipi debet Ulpian. in *dict. l. servum* 44. §. *si pocula* 2. *de legat.* 1. adi Donell. *dict. cap.* 17. Cujac. 3. *ad African. in leg. qui usumfructum* 36. *de usufr. &* 33. *observ.* 12.

TEXTUS.

peculio.

20. *Si peculium legatum fuerit, sine dubio quicquid peculio accedit, vel decedit vivo testatore, legatarii lucro vel damno est. Quod si post mortem testatoris ante aditam hæreditatem aliquid servus acquisierit, Julianus ait, si quidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hæreditatem acquisitum est, legatario cedere, quia hujusmodi legati dies ab adita hæreditate cedit: sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium. Peculium autem, nisi legatum fuerit, manumisso non debetur: quamvis si vivus manumiserit, sufficit, si non adimatur, & ita Divi Severus & Antoninus rescripserunt: Idem rescripserunt, peculio legato, non videri id relictum, ut petitionem habeat pecuniæ, quam in rationes dominicas impenderit. Idem rescripserunt, peculium videri legatum, cum rationibus redditis liber esse jussus est, & ex eo reliqua inferre.*

NOTÆ.

20. *Sufficit, si non adimatur.*) Hoc enim ipso, quod dominus peculium apud jam liberum factum manere patitur, non obscure id ei donat, l. 53. *de pecul. l. un Cod. de pec. ejus, qui lib. mer.*

Quam in rationes dominicas) Hoc ideo, quia quod dominus servo debet, verum debitum non est, quamvis peculium augeat, *l.* 6. §. 4. *de pec. legat. l.* 7 §. *pen. de pecul.*

COMMENTARIUS.

1 *Cujus lucro vel damno sit, quod peculio legato, vivo testatore accedit aut decedit?*
2 *Cur placeat, si servo manumisso peculium legatum sit, etiam quod post mortem testatoris ante aditum hæreditatem extrinsecus accesserit, legato cedere: si extraneo; non item?*
3 *Explicatur* l. 8. §. ult. de pecul. legat.
4 *Cur servo testamento manumisso peculium non debeatur, nisi legatum sit: inter vivos manumissum sequatur, nisi ademptum fuerit?*
5 *Legato peculii non contineri, quod servus domino expensum tulit.*
6 *Peculium legatum videri ei, qui rationibus reliquisque redditis liber esse jussus est.*

MUlta ex hoc §. discimus. (1) Primum cujus lucro vel damno cedat augmentum vel diminutio peculii legati: deinde servo, qui peculium habet, manumisso, quem peculium sequatur: tum legato peculii an contineatur, quod expensum in rationes dominicas: postremo, qui rationibus reliquisque redditis liber esse jussus est, an peculium ei legatum intelligatur.

Accedit vel decedit vivo testatore) Peculium est instar universi alicujus patrimonii, in quo sunt corpora & nomina ac jura, seu credita & debita. Passim tit. *de pec.* unde fit, ut facile & deminutionem & incrementum recipiat, *l. peculium* 65. *princ. de legat.* 2. Papyrius Fronto dicebat peculium simile esse homini: quippe nasci, crescere, decrescere, mori, *l. peculium* 40. *de pecul.* Ait, *vivo testatore*. Neque hic distinguitur, utrum ipsi servo manumisso peculium sit, an extraneo: neque etiam, utrum ex rebus peculiaribus auctum sit peculium, an extrinsecus. Ratio est, quia quamdiu testator vivit, nullo casu dies legati cedit, id est, nihil dum deberi intelligitur.

Quod si post mortem testatoris: &c.) Si post mortem testatoris ante aditam hæreditatem auctum fuerit peculium, hic interest, ipsi servo manumisso peculium legatum sit, an extraneo. deinde si extraneo, utrum auctum sit peculium ex rebus ipsis peculiaribus, puta ex partu ancillarum, vel fœtu pecorum; an quid aliunde peculio accesserit, puta ex operis aut quæstu servi, ex donationibus aut legatis. Si ipsi servo manumisso peculium legatum sit, placet, omne augmentum legato cedere: si extraneo, incrementa ex rebus peculiaribus dumtaxat; cætera non deberi, sed ad hæredem pertinere, *l.* 8. §. §. *ult. de pec. leg. & hoc nostro text.* Rationem diversi juris mox audiemus.

Quia

Quia hujusmodi legati dies ab adita hæreditate cedit. Ratio cur placeat in casu, quo ipsi servo peculium legatum est, etiam id, quod jacente hæreditate ex operis ejus, vel ex alia re non peculiari accedit, ipsius lucro esse. Unde quoque simul intelligimus, cur in casu opposito penes hæredem illud maneat. Nimirum sic in universum jus est, ut cum quæritur, quantum sit in legato, id tempus inspiciatur, quo dies legati cedit, *l. 8. §. ult. de pecun. legat.* id est, cum res legata deberi incipit, *l. cedere 263. de verbor. signific.* neque enim ante ad legatarium quicquam pertinere potest. Proinde si ante diem legati cedentem quovis modo auctum fuerit legatum, etiam augmentum illud legatario debetur: si post diem cedentem: id solum, quod res ipsa ex se producit. Jam vero quando ipsi servo manumisso peculium legatum est, tam peculii legati, quam libertatis dies ab adita demum hæreditate cedit, *l. 7. in fin. cum leg. seq. quan. dies legati* quando autem extraneo, cedit statim a morte testatoris, sicut in cæteris omnibus legatis, exceptis conditionalibus, & quæ ad hæredem non transeunt, *l. 2. cum 3. seqq. dict. titul. l. unic. §. in novissimo, 5. & §. seq. Cod. de cod. toll.* Consentaneum igitur omnino est, ut peculium legatum servo crescat, eamque sequatur cum anni argumento usque ad aditam hæreditatem: extraneo augeatur quovis quidem modo usque ad tempus mortis testatoris: cæterum quod jacente hæreditate extrinsecus accedit, hæredis lucro fit. Quod tamen diximus, peculii legati diem extraneo cedere ex mortis testatoris tempore, ei aperte adversatur, quod ex Juliani sententia Ulp. in *leg. denique, 8. §. ult. de pecul. legat.* scribit, si ipsi servo peculium legetur, *tempus spectandum quo dies legati cedit:* si vero extraneo mortis tempus non est illud, quo dies legati peculii cedit. Paucissimi sunt interpretes, qui hoc animadverterunt: & tamen locus iste cum aliis omnibus, quibus pro certo jure traditur, diem legati cedere a tempore mortis testatoris, tam manifeste pugnat ut sine incusatione Compilatorum pugna hæc sedari non possit. Quid ergo dicimus? Nimirum Ulp. cum Juliano respondisse secundum jus suorum temporum & senatusconsulta, quæ circa legem Papiam facta sunt, ex quibus dies legatorum non a morte testatoris, sed ab apertura tabularum cedebat, *dict. leg. un. §. 1. C. de cad. toll.* Quam ob causam etiam aliam hujus differentiæ rationem afferunt petitam a conjectura voluntatis testatoris. Id vero antiqui juris vestigium oculos ac manus consarcinatorum fugisse. VINN. Id & alibi factum, veluti in *l. 304. & l. 31. ff. de constit. & demonstr. l. fin. ff. de don. mort. causs. l. 3. §. ult. & l. 42. de hæred. inst.* Quæ loca jam notavit Cuj. ad Ulp. *Fragm. tit. 24. §. 31.* HEIN.

Nisi ex rebus peculiaribus) Puta ex partu peculiarium ancillarum fœtuve pecorum, *dict. leg. 8. §. ult. de pecul. leg.* Hoc enim cum accedit, ipsum peculium ex se augetur atque amplificatur: ut hujusmodi augmentum etiam post diem legati cedentem contingens merito legatarium sequantur, *arg. §. item ea, 19. sup. de rer. divis. l. 6. de acquir. rer. dom.*

Peculium autem, nisi legatum, &c. quamvis sit inter vivos) Servo testamento manumisso peculium, nisi nominatim ei legatum fuerit, non debetur, *l. si legatus, 24. de pec. leg.* At eum qui inter vivos manumittitur, placet peculium sequi, si non adimatur, *l. si Sticho 53. de pecul. l. un. Cod. de pecul. ejus qui lib. mer.* Quæritur ratio differentiæ. Glossa ex Joanne hanc affert, quod inter vivos manumissus operas patrono debeat, in quorum compensationem peculium ei relictum cedendum sit; libertus autem Orcinus neque hæredi neque ulli alii operas præstare teneatur. Schneidwinus ex Joan. Fabro hanc, quod dominus servum, quem inter vivos manumittit, majori affectione prosequatur, quam quem testamento, ac proinde etiam majorem erga illum exercere intelligatur liberalitatem, quam erga hunc, cui libertatem in id tempus confert, quo rebus suis amplius uti non potest. Hinc esse, quod plus mereri dicatur, qui vivens dat eleemosynam, quam qui moriens, &c. Sed quid nodum in scirpo quærimus? Peculium servo vindicta, verbi causa, manumisso relictum, cum neque ut compensatio operarum sequitur; quippe quas etiam adempte peculio præstaret, neque quia major putatur esse affectio domini erga servum, quem vindicta, quam quem testamento manumittit: licet enim hoc verum sit, tamen, cum morientes longe simus liberaliores, quam viventes & adhuc valentes, liberalior quoque ac prolixior interpretatio convenit voluntati morientium, quam viventium, *l. in testamentis, 12. de reg. jur.* Denique & cum testamento & cum vindicta servus manumittitur, manumisso ipsa præter libertatem nihil ei tribuit: est enim manumissio non peculii datio, sed libertatis. Sed quod vindicta manumissum peculium sequi placet, si id ei non adimatur, hanc rationem habet, quod duplex in tali casu donatio est; una expressa, libertatis, altera tacita, minime tamen obscura, peculii. Etenim cum dominus manumisso peculium non adimit, sed id eum jam libertum sibi habere permittit, hoc ipso non obscure id ei donat ac concedit, cum si donatum nollet, posset adimere. Hoc vero in manumissum testamento quadrare non potest, qui non nisi post mortem testatoris libertatem consequitur, hoc est, eo tempore, quo qui libertatem dedit, peculium liberto relinquere non potest: & quia cum poterat, nominatim non reliquit, ideo id apud hæredem suum cum cætero jure manere voluisse censetur, fac. *d. l. si Sticho, 53. de pecul. d. l. de pecul. ejus qui lib.*

Petitionem pecuniæ, quam in res dominicas) Quamvis, quod servus domino expressum tulit, id est, quod ei dominus debet, peculium servi augeat, veniatque in actionem de peculio, *l. 7. §. penult. de pecul.* tamen quia verum debitum non est, nec ex ea causa actio servo competere potest, placet peculio legato id non contineri, *l. 6. §. sicut, 4. de pecul. leg.* Quin etiam responsum est, si servo inter vivos manumisso peculium ademptum non sit, ac proinde concessum, tamen eum debitores peculiares convenire non posse, nisi mandatis sibi actionibus, *dict. leg. si Sticho, 53. de pecul.* adeoque verum videtur, quod Theophilus scribit, peculio legato, τὰ ἐν προχείρῳ καὶ ἐν ἑτοίμῳ, *quæ in promptu & in parato sunt*, duntaxat dominum legasse censeri.

Et ex eo reliqua inferre) Ex eo solo quod quis servum suum liberum esse jussit, si rationes redditur, peculium ei legatum defendi non potest: nam nec si voluisset testator rationes ab eo exigi, peculium ei legatum censeretur, *l. dominus, 23. §. 2. de pecul. leg.* Cæterum si rationibus redditis, reliqua, id est, quæ putatis rationibus domino eum debere compertum fuerit, de peculio solvere, aut certam summam hæredibus inferre jussus sit, ei quod in peculio superest, legatum intelligitur, *l. 8. § interdum 7. dict. tit.* Nam qui servum ex peculio, quod debet, autem partem peculii inferre jussit, non potest non videri de cætero aliter jussisse, per leg. *quæsitum, 12. §. idem respondit,*

dit, 43. *vers. denique Neratius, de instruct. vel instrum. legat.*

TEXTUS.

De rebus corporalibus & incorporalibus.

21. *Tam autem corporales res legari possunt quam incorporales: & ideo quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas hæres legatario præstet; nisi exegerit vivus testator pecuniam. Nam hoc casu legatum extinguitur. Sed & tale legatum valet.* Damnas esto hæres meus domum illius reficere: *vel*, illum ære alieno *liberare*.

NOTÆ.

Actiones legatario præstet) *d. l.* 43. §. 9. *d. l.* 75. §. 2. *eod.* 1. Sed & non expectata cessione actionum directarum utilius suo nomine experiri potest, *l.* 18. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Legato nominis quid contineantur?*
2 *Extingui hoc legatum, si dum vivit testator, debitum exactum fuerit, aut etiam ultro solutum & quare?*
3 *Admitti tamen hic probationem non mutatæ voluntatis ex facti circumstantiis.*
4 *Quid juris, si cum debitum peti cœptum esset, testator inter moras judicii, aut nondum facta solutione decesserit?*
5 *Etiam facta legari posse, aut qui jussus est facere, parere debeat, & quibus conditionibus?*

Concludi hic videtur locus de rebus, quæ recte leguntur. Duo autem sunt, quæ hoc §. docentur. Unum est, posse legari tam res incorporales, quam corporales. In textu trajectio est. Alterum, non solum res, quæ proprie & specialiter dicuntur, legari posse, sed etiam facta.

Quam incorporales) Non modo res corporales, ut fundus, ædes, homo, vestis, aurum, argentum, pecunia numerata, &c. legari possunt: sed etiam incorporales, ut usus, ususfructus, servitutes prædiorum, pars hæreditatis, aut bonorum liberatio, actio, seu nomen debitoris. Et hoc est, quod Jurisconsultus ait, & corpora omnia & jura & servitutes legari posse, *l. cætera*, 41. *in pr. de leg.* 1. Quid usu, usufructu, quid servitute legata legato contineantur, explicatur propriis *tit. in π*, quid legata parte hæreditatis, *l.* 8. §. *ult. de l.* 2. *l. mulier* 22. §. *ult. ad SC. Tr.* quid parte bonorum, *l.* 9. *de legat.* 2. *l. non amplius* 26. §. 2. *l. si quis* 23. *de leg.* 1. De liberatione legata, & quid eo legato contineatur, diximus sup. §. *si quis debitori* 13. agiturque de eo item rat. proprio in *π*. Hic de legato nominis agendum est.

Quod defuncto debetur potest alicui legari) Quod mihi debetur, & debitori meo recte lego, quod legatum dicitur liberationis, & tertio alicui. Veluti, *Centum, quæ mihi Sejus ex causa mutui debet, Titio do, lego*, *l. si sit legatum* 75. §. 1. & 2. *l. non quocumque* 82. §. *pen. de legat.* estque id legatum, quod passim nominis appellatur, *l. servum* 44. §. *sed etsi* 16. *de legat.* 1. *l.* 11. §. *ergo* 13. *l. nomen* 34. *l. qui chirographum* 59. *de legat.* 3. *l. ex legat.* 18. *Cod. de legat.* Qui chirographum legat, debitum quoque seu nomen aut actionem legare intelligitur, non tabulas solum, *d. l. servum* 44. §. *cum* 5. *de legat.* 1. *d. l. qui chirographum* 59. *eod.* 3.

Ut actiones legatario præstet) Legato nominis nihil amplius continentur, quam ut actiones suas hæres præstet, *d. l. servum* 44. §. *sed & sic legatum* 75. §. 2. *l. legatum* 105. *de legat.* 1. Ex quo intelligere possumus, nomine legato neque pecuniam ab hærede posse exigi, neque periculo ejus nomen esse; sed cessione actionum, licet inanium, si forte debitor solvendo non sit, hæredem defungi: tum etiam nullum esse tale legatum, si nihil debetur, & vel eo etiam casu, quo certam quantitatem testator expressit, veluti si dixeris: *Decem, qui mihi Sejus debet, Titio lego*, *d. l. si sic legatum* 75. §. 2. Atque olim quidem sive nomen legatum fuerat, sive venditum aut donatum, nulla actio legatario, venditori, aut donatario prodita erat, quam suo nomine cum debitore experirentur: sed expectandum iis erat, donec hæres aut creditor actiones suas mandaret: quibus mandatis, non suo, sed mandantis nomine & procuratoris in rem suam experiebantur. Postea vero his utiles actiones adversus debitores tribui cœperunt, quas suo nomine, non expectata cessione directarum exercerent, *l. ex legat.* 8. *C. h. tit. l.* 5. & *l.* 7. *Cod. de hær. vel act. vend. l. si cum* 16. *in princ. de act.* Quod ideo videtur constitutum esse, quia cessio actionum sæpe protrahebatur, & interdum nec cedi potest, ut in specie *l.* 1. *Cod. de obl. & act.*

Nisi exegerit testator pecuniam) Nominis legatum ita demum effectum habet, si debitum a vivo testatore exactum non fuerit: cæterum si testator post factum testamentum pecuniam a debitore exegerit, legatum extinguitur, teste Ulp. *dict. l. si sic legatum* 75. §. 2. *de leg.* 1. Quod hic confirmat Justinianus. Ratio hujus rei, est, quia testator exacto debito, quod legaverat, ademisse legatum videtur, quemadmodum & ille, qui rem legatam postea alienavit, *l. fideicommissa* 11. §. *si rem* 12. & *seq. de l.* 3. Quin alia etiam ratione, eaque fortiore id hic efficitur, quam ubi res legata postea alienatur. Nam res tametsi alienata est, durat, legatumque consistere potest, licet res aliena facta sit: at cum nomen exactum est, extinguitur ipsa substantia debiti, ἀπόλλυται τὸ χρῆμα hoc est, illud ipsum, quod legatum est, perimitur, ut frustra desideraturus sit legatarius, actiones sibi ab hærede præstari, quæ nullæ supersunt. Hæc differentiæ ratio indicatur *l. fideicommissa* 11. §. *ergo* 13. & *l. d. sic legatum* 75. §. 2. nec absimile est, quod traditur, *in l.* 7. §. *liberatio* 4. *de lib. leg.* legatum liberationis evanescere, si dum vivit testator, debitum exactum fuerit. Sed & si ultro, quod debebatur, solutum est, vel acceptilatione aliave qualibet ratione debitor liberatus, legatum nominis, sicut & liberationis extinguitur, *l. id* 21. *de lib. leg.* Enimvero etiam hic admittitur probatio non mutatæ voluntatis ex facti circumstantiis, *l. penult.* §. *ult. de adim. leg.* Finge, ideo nomen exactum esse, quia forte debitor ad inopiam vergebat, & pecuniam pro deposito testatorem habuisse, poterit legatum aut fideicommissum peti, quasi non hoc animo testator debitum exegerit, ut legatum adimeret, *d. l. fideicommissa* 11. §. *ergo* 15. Petetur autem hoc casu legatum recta ab hærede; nam frustra etiam hic legatarius ageret cum hærede, ut actiones sibi cedantur: quippe quæ debitore liberato nullæ supersunt. Similiter si debitor ultro pecuniam obtulit, & acceptam item pro deposito testator habuit, placet, legati aut fideicommissi petitionem superesse, quasi voluntate non mutata, *d.* §. *ergo* 13. *l. fideicommissa* 11. Exigi vero etiam in hoc casu, vi-

videtur, ut in deposito sit habita pecunia: secus autem esse, si ut in solutum data, ita simpliciter in solutum accepta sit, *argum. dict. l. fideicommissa* 11. §. *ergo* 13. *dict. l. si id.* 21. *de lib. leg.* ubi simpliciter Jurisconsultus respondet, solutione debiti extingui legatum nominis. Glossa tamen distinguendum putat inter debitorem, qui ultro solvit, & qui a creditore conventus: quam distinctionem a Schenceidewino probari video. Ait, *nisi exegerit*. Quid ergo, si cum pecunia peti cœpta esset, testator inter moras judicii, aut etiam post sententiam nondum facta solutione decesserit? Barr. *in l. nemini* 6. *de instruct. vel instrum. leg.* eumque secuti Angel. & Mynsing. *hic*, putant, eo casu petitionem legati superesse, nec intelligi ademptum legatum quandiu res non desiit esse plane integra. Et vero si rem legatam vendidisset testator, eaque nondum tradita decessisset, legatum pro extincto non esse habendum probat textus in *l. prædia* 27. §. *liberto* 3. *de instruct. vel instrum. leg.* Quod etiam nobis videri supra diximus in §. *si rem* 12. Sed non sunt hæc prorsus similia. Et alienatio rei legatæ non necessaria, & petitio debiti, argumenta sunt mutatæ voluntatis. Cæterum nuda venditio, seu quæ traditione consummata non est, pro alienatione non habetur, quod effectum attinet ademptionis; ideo scilicet; quia traditio arbitrii venditoris ejusdemque testatoris est, qui rei dominio, quod transferre poterat, retento & maxime si nec pretium acceperit, non videtur prorsus legatum ademptum voluisse. Non debet autem legatario prodesse, quod moras nectit debitor, aut judex sententiam differt. Adde quod actio in judicium deducta consumitur, licet nova nascatur judicatio. Nihil sane pro Barr. sententia facit *d. l. 6. de instr. leg.* Nam in specie illic proposita vel maxime debetur quod exactum est, idque pro confesso sumitur: sed dubitatur, an si debitor condemnatus vivente testatore non satisfecit, etiam ejus petitionem legatarius habeat, quod ex sententia Judicis debitum necdum solutum est, propter verba legati: *Quod mecum erit*: quibus testator usus proponitur.

Damnas esto hæres meus domum illius reficere) Etiam facta, ut diximus, recte legantur, aut in fideicommissum deducuntur. Id est, damnari potest hæres, aliusve, qui testamento obligari potest, rogari, ut aliquid in gratiam alterius faciat, vel non faciat; & qui jussus aut rogatus est, parere debet, modo ne quod fieri scriptum est, contra jus vel bonos mores sit, *l. si quis* 112. §. *penult. de leg.* 1. aut æstimationem non recipiat, veluti si hæres liberos suos emancipare jussus sit, aut extraneum aliquem adoptare, *l. filius famil.* 114. §. *sed si C. de legat.* 1. *l. uxorem* 41. §. *ejus hære.* 8. *de legat.* 3. junge tamen *l. si cui* 92. *de condit. & demonst.* Facere jubetur hæres & licet in exemplis hic propositis, cum damnatur domum alicujus reficere, vel aliquem ære alieno liberare & similibus, veluti si jubeatur alteri domum vel monumentum extruere, aut fundum vendere *l. mortuo* 49. §. *ult. de legat.* 2. *l. st. cui* 49. §. *antepenult. & seqq. eod.* 1. *l. fideicommissa* 11. §. *ult. eod.* 3. Paul. 3. *sentent.* 6. Non facere, veluti si vetetur fundum aut domum aliamve rem alienare extra familiam, *div. l. filius famil.* 114. §. *cum pater* 15. *de legat.* 1, *l. peto* 69. §. *fratre eod.* 2. Plane si id, quod fieri jussum est, ad nullius utilitatem pertineat, veluti si testamento quid vetitum alienari, nec causa expressa sit, & persona ignoretur, propter quam testator id fieri velit, placet scripturam, quasi nudum præceptum contineat, nullius momenti esse, *dict. l. filiusfamil* 114. §. *Divi* 14. *l. pater* 38. §. *Julius* 4. *l. Lucius* 93. *in princ. de legat.* 3. Ejusdem generis sunt, quæ a Papiniano dicuntur ineptæ defunctorum circa sepulturam voluntates, veluti ut vestes aut ornamenta in funus impendantur, *l. servo* 11. §. *ult. de leg.* 1. *l. ult.* §. 2. *de aur. leg.*

TEXTUS.

De legato generali.

22. *Si generaliter servus, vel res alia legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.*

NOTÆ.

22. *Si generaliter*) Valet legatum generis, cum corpora ei subjecta sunt uniusmodi, eadem forma interna & natura constat, veluti si homo, equus, aut bos legetur: alias inutile est, verb. gr. si animal legatum sit. Sed & si domus legata sit aut fundus, nec fundum ullum aut domum testator habeat, magis derisorium, quam utile legatum est, *l.* 69. §. 4. *de jur. dot.* fac *l.* 61. *de legat.* 1. nimirum, quia ista certam determinationem natura non habent, & nimium quam utilitate distant, *l.* 24. §. 2. *eod.* 1.

Electio legatarii est) *L.* 108. §. 2. *eod.* 1, *l.* 2. §. 1. *de opt. leg.* ut & in rebus disjunctim legatis, *l.* 34. §. *penult. eod.* 1. *l.* 23. *eod.* 2. Aliud est in contractibus, §. 33. *vers. Huic autem infr. de act. l.* 10. *in fin. de jur. dot.* Neque enim tam largam contractus, quam ultimæ voluntates interpretationem recipiunt, *l.* 12. *de reg. jur.* Non est autem electio hæc plane libera, *d. l.* 37. *de leg.* 1.

Aliud testator dixerit) Aut sermonem ad hæredem direxerit, ut in formula legati damnationis: nam per exæquationem legatorum nihil derogatum voluntati testatoris, §. 2. *sup. eod.* Wesemb.

COMMENTARIUS.

1 *Quid prudentibus sit genus, quid species.*
2 *Definitionem hujus §. ad genera summa aut subalterna non pertinere, sed tantum ad genus infimum: nec tamen aliter, quam si species huic generi subjectæ certam a natura habent determinationem.*
3. *Si res generi legato subjectæ natura determinatæ non sunt, legatum inutile esse, nisi testator res ex eo genere habeat, & num hoc etiam in fundo simpliciter legato obtineat?*
4 *Ubi utile est legatum generis, regulariter electionem esse legatarii.*
5 *Vetus & speciosa inter genera legatorum circa potestatem eligendi differentia.*
6. *An ipsius differentiæ ratio adhuc habenda, postquam legatorum omnium una cœpit esse natura?*
7 *Quibus casibus hæredis sit electio, etiamsi testator id non expresserit?*
8 *Electionem in casu nostro non esse usquequaque liberam; & quid hic jure patrio?*

(1) INsignis hic locus est & difficilis. Illud primo notandum, genera a nostris dici ea omnia, quæ sub appellatione communi plures res huic appellationi subjectas continent, etiam ea, quæ plerique Dialecticorum species esse ajunt, genera esse negant; cujusmodi sunt verbi causa, homo, equus, bos: species autem nostris esse,

eſſe, quæ Dialectici vulgo vocant individua, & non eſſe ſpecies contendunt, ut Stichus, hic equus, hic bos. In quo noſtri communem uſum loquendi ſequuntur; veluti cum dicunt, in mutuo recipi non eamdem ſpeciem, ſed genus, pro quo in ſcholis dicerent, non idem numero, ſed idem ſpecie. Quin etiam ex ſententia quorumdam philoſophorum revera quæ de individuis prædicantur, genera ſunt, ſcilicet infima, individua ipſa ſpecies, nempe ſpecialiſſimæ, atque adeo ab ipſo etiam Ariſtotele ſic appellantur; ut videre eſt *l.2. philoſ.c.3. & l.3. c.4. item lib.1. de part. animal.c.4.* (2) Deinde non omne legatum generis valere. Interpretes primum & recte hinc removent genera ſumma & ſubalterna, veluti ſi quis ſubſtantiam, corpus, aut animal ſimpliciter leget: quia in his ea eſt infinitas generis, ut rem leviſſimam ex eo genere & vel minimam de mundo, ut loquuntur, hæres præſtando liberaretur. Dein in genere infimo, quod uti diximus, in ſcholis eſt infima ſpecies, recte diſtinguunt inter res huic generi ſubjectas, ut ſi tales ſint, quæ certam determinationem habeant a natura, ut homo, equus, bos, earum rerum generaliter relictarum legatum valeat, *l.13. l.leg.37. in princ. l. ſi ſervus 108. §.2. de leg.1. l. hær. 23. §. ſi incerto 17. ſam. erciſc.* (3) Si vero naturæ determinatæ non ſint, & fundus & domus, (quippe quæ non natura, ſed deſtinatione hominis conſtituuntur, *l.24. §. quod ſi 3. de leg. 1. locus 60. de verb. ſignif.*) in eo omnes conſentiunt, ut ſi teſtator nullas ædes aut fundos habuerit, ex ſimplici harum rerum legato nihil debeatur, magiſque deriſorium tale legatum ſit, quam utile, *l. ſi domus 71. de leg. 1. l. cum poſt 69. §. gen.4. de jur.dot. l. ita ſtipulatus 115. in princ. de verb.oblig.* utpote quod a ſuperiore nihil aut parum utilitate diſtet; aut, quod magis puto, quia his rebus ſimpliciter legatis, nulliſque a teſtatore relictis tanta eſt incertitudo, ut nullo modo definiri poſſit, quantum præſtari debeat, ac proinde ſimiliter habendum, ac ſi corpus ignotum legatum ſit, *dict. l. cum poſt 69. §. gener. 4.* Quod ſi teſtator fundos aut ædes habuerit, ædibus ſimpliciter legatis, omnes conſentiunt, legatum eſſe utile, unaſque ex his, quas teſtator reliquit, deberi: eſtque in eam rem textus apertus *in d.l. ſi domus 71. in princ.* At ſi fundum in genere legaverit, alii non magis hoc caſu legatum valere putant, quam ſi nullos fundos teſtator habuiſſet: alii tam fundi legatum utile eſſe, quam domus, unumque ex fundis, quos teſtator regionibus diſtinctos habuit, præſtandum. Pro illis facit, quod generaliter traditum eſt, fundo non demonſtrato, nec legatum ullum nec ſtipulationem eſſe, *d.l. cum poſt 69. §. genera 4. d.l. ita ſtipulatus 115. in princ.* pro his exemplum ædium legatarum, *dict. l. ſi domus 71. de legat.1.* quacum & fundi hactenus eadem ratio videtur, *argum. dict. l.24. §. pen. de leg.1.* Tum quod cum teſtator generaliter rem aliquam legat, dari jubet, de ſuis eum rebus ſenſiſſe exiſtimandus ſit, uti reſponſum eſt, ſi quis hæredem damnaverit, vinum, oleum, frumentum dare, non adjecta quantitate, hoc legatum ſic eſſe accipiendum, quaſi teſtator legaſſet vinum, oleum, frumentum ſuum, & tantum, quantum ex his generibus habuit, *l.7. de trit. vin. ol. leg.* Cui ſententiæ, quæ eſt Petri de Bellapert. in *dict. l. ita ſtipulatus 115.* ego quoque accedo; quamvis contraria pluribus probata dicatur: quod tamen & ipſum incertum eſt, vel teſte Gomezio & ipſo contrariæ ſententiæ aſſertore, *reſol. 12. n. 32. & 2. reſol. 11. n. 9.* conſul. D. Dom. *in dict. l. ita ſtipulatus 115. n. 13. & ſeqq.* ubi ſimul docet, ſtipulationis & legati non eamdem per omnia in propoſito rationem eſſe: quod & verum eſſe, vel ex ſola collatione *d. l.7. de trit. vin. leg. & l. triticum 94. de verb. oblig.* apparet. Quinimmo, etſi nullum fundum ullaſve ædes teſtator habuerit, ex æquitate tamen juris Can. atque ex veriſimili mente defuncti ſimplex harum rerum legatum ſuſtinendum eſſe, & pro modo facultatum ejus, dignitate, ac charitate, vel neceſſitudine legatarii ſtatuendum, quales præſtari debeant, poſt Archidiac. Panolm. Felin. & Alexandrum cenſet idem Gomezius *dict. l. n. 10.* ac moribus quoque id receptum tradunt Autumn. *confer. du droit, ad dict. l. 71.* Grot. 2. *introd. 22.*

(4) *Electio legatarii eſt*) Ubi utile eſt legatum generis, placet, electionem non hæredi, ſed legatario dari, ut hic ſcriptum eſt, in *l.2. §.1. de opt. leg.* idemque eſt, ſi plures res disjunctim legatæ ſint, veluti Stichus aut Pamphilus, *l. plane, 34. §. pen. de leg.1. l. ſi cui, 19. l. Lucio, 23. eod. 2.* aut ſi ex duabus pluribuſve rebus nominatis una legata fuerit, puta ſi teſtator dixerit: *Ex duobus ſervis meis unum Titio, do, lego, l. ſi qui duos, 20. de leg. 1.* Diverſi autem caſus ſunt, qui proponuntur in *l. ſi quis, 23. §.1. l. cum ſervis, 39. §. ſcio, 6. eod.* Cæterum additur hic exceptio, *niſi aliud teſtator dixerit*. Addamus & alteram, *niſi ſermonem ad hæredem direxerit*; niſi potius dicimus, hoc etiam verbis illis, *niſi aliud dixerit*, ſignificari. Sed etſi teſtator aliud non dixit, magna tamen adhuc cautione, quod hic ſimpliciter definit Juſtinianus, in legato generis legatarii electionem eſſe, indiget. (5) Jure veteri etiam, cum genere legato, aut duabus rebus disjunctim, de jure eligendi quæritur, differentia erat inter genera legatorum. In legato vindicationis legatario, in damnationis hæredi electio permittebatur: cujus differentiæ teſtimonia non obſcura videmus *in l. plane, 34. §. pen. l. ſi ſubſtituto, 45. §.1. l. ſi hæret, 110. de leg.1. d. l. ſi is cui, 19. d. l. Lucio, 23. l. ſi ita, 43. §. ult. eod. 2. l. qui concubinam, 29. §. 1. eod. 3.* Hoc autem & voluntas teſtatoris exigere viſa eſt, & ratio juris. Voluntas teſtatoris: quippe qui in legato vindicationis ſermonem confert ad legatarium, ei dans, legans, eum ſumere, capere, ſibi habere jubens. In legato autem damnationis hæredem alloquitur, damnans, jubenſve eum dare aut facere. Ratio juris, quia is, cui per vindicationem res legata erat, non tantum eam actione in perſonam ex teſtamento petere poterat, ſed etiam jus eam vindicandi habebat, & petendi actione in rem. Par autem eſt, ei electionem tribui, qui rem vindicare poteſt, quod ſignificat African. *l. ſi ſervus 108. §. 2. de leg. 1.* ubi ait, ejus electionem eſſe oportere, cui poteſtas ſit, qua actione uti velit. At cui per damnationem quid relictum erat, is eam rem vindicare non poterat, ſed tantum in perſonam ex teſtamento agere, hæredemque ut debitorem quaſi ex contracto obligatum convenire hujuſmodi puta formula, *Ajo, te mihi ſervum dare oportere*, aut hac, *Ajo, te mihi Stichum aut Pamphilum dare oportere*. Itaque juris ratio poſtulabat, ut hic hæredi concederetur electio exemplo cæterorum debitorum, quorum regulariter electionem eſſe in debito generis, aut pluribus rebus disjunctim promiſſis conſtat. *§. ſi quis agens 33. reſ. hic autem inſr. de act. l. plerumque 10. in fin. de jur. dot. l. ubi autem 75. §. qui illud 8. de verb. oblig.* (6) Quæritur vero, an hodie diſtinctionis illius ulla porro ratio habenda ſit. Nam poſtquam Juſtinianus differentiam generum legatorum ſuſtulit, legataque

omnia

omnia sic exæquavit, ut etiam jus vindicandi, a quo jus eligendi pendere videtur, per *d. l. si servus* 108. §. 2. *de leg.* 1. peræ omnibus concesserit, *l. ult. Cod. comm. de leg.* multis visum est, electionem legatarii factam perpetuam, neque ex modo legandi amplius æstimandam. Verum ego eorum sententiam veneror, qui negant, legatorum illam exæquationem ad effectum, de quo hic agimus, trahi oportere: quippe quæ, ut supra quoque monui, sic semper accipienda sit, ut ne quid admittatur contra voluntatem testatoris. Utri autem electionem tributam testator velit, legatario ne, an hæredi, non potest apertius declarare, quam cum jubet, aut legatarium vindicare, aut hæredem dare. Illic enim, cum verba executiva, ut loquuntur, ad legatarium dirigit, apertissime significat, se eligendi quoque potestatem ei facere: hic vero cum eadem verba ad hæredem refert, hoc ipso contra ostendit, se hæredis arbitrio permittere, quam rem velit dare. Et igitur si ita testator legaverit: *Hæres meus damnas esto hominem dare*; vel sic alternative: *Hæredem meum Stichum aut Pamphilum dare jubeo*: in his legatis dicimus, etiam nunc hæredi electionem concedendam, non obstante supra dicta exæquatione. Nihil enim magis rationi repugnat, quam ut ibi electionem tribuamus legatario, ubi eam testator tam manifeste permittit hæredi. Quamobrem nec vindicationem legatario ante dari oportebit, quam hæres declaraverit, quid ex genere aut rebus disjunctim hoc modo legatis præstare velit. Atque hanc sententiam post Gloss. Bart. & comm. DD. *in l. Lucio* 23. *de leg.* 2. & *in l. leg.* 27. *eod.* 1. probat Gomez. 2. *var. res.* 11. *n.* 43. nec non summi viri Covarr. *in cap. indicante, n* 3. *de test.* Ant. Fab. 6 *conject.* 1. VVesemb. & Bachov. *hic*.

Nisi aliud testator dixerit) Aliud dixisse testator intelligi debet, non tantum si expressis verbis hæredi electionem permiserit, *l. servo* 12. *de opt. leg. l. hujusmodi* 84. §. *Stichum* 9. *de leg.* 1. *l.* 11. *in fin. eod.* 1. Verum etiam si verba legati executiva ad hæredem direxerit, ut fit, cum quid per damnationem ab hærede legatur, ut jam dictum & demonstratum est. Plane enim cum ex voluntate testatoris tota hæc res æstimanda sit, parum interest, verbis, an per modum legandi voluntatem suam declaraverit. Sed etsi testator aliud non dixerit, opus tamen hic est non una cautione. Nam neque ad res omnes generaliter legatas definitio Justiniani pertinet, & ad quas pertinet, in his electio legatarii non est infinita. Sciamus igitur primam, definitionem tantum pertinere ad eas res, quas ex eo genere testator habuit: si nullas habuit, placere, hæredis arbitrio potius rem permitti, quam legatario infinitam electionem dari, de qua verisimile non est testatorem sensisse cum tam insigni onere hæredis; *argum. leg. unum*, 67. §. *si rem*, 8. *de leg.* 2. Et quod de vino certæ quantitatis expresse traditum est, *l.* 3. *de trit. vin. leg.* non est dubium, quin ad cæteras quoque res pertineat, idemque dicendum sit, non solum si certa quantitas, verum etiam si corpus in genere legatum fuerit, puta servus, nec ullum servum testator reliquerit. Id quod etiam ex eo efficitur, quia rei, quæ testatoris non fuit, vindicatio legatario competere non potest: at illa cessante nulla electio, *dict. l. si servus*, 108. §. 2. *de leg.* 1. Deinde nec pertinere definitionem ad res omnes, quas testator ejus generis habuit, sed ad corpora tantum, aut species, non ad quantitatem: quippe quæ undecumque sumi & solvi potest, *leg.* 4. *de trit. leg. l. Titia*, 35. §. 1. *de aur. arg. leg.* & qua legatis, ut quantitate, nec actionis electio, nec vindicatio est.

Sed & cum corpora genere legato contenta certis finibus natura circumscripta non sunt qualia sunt domus, navis, fundus, non legatarii, sed hæredis electio est, qui rem unam quam volet, ex his, quas testator habuit, legatario dabit. De domo legata hoc aperte scriptum est in *l. si domus*, 71. *in pr. de leg.* quapropter dubitandum non est, quin idem obtineat, si navis simpliciter legata sit, aut fundus, posito, quod non putamus, fundi legatum valere, si testator fundos non habuit. Ratio est non ea, quam vulgo efferunt, quod hæres præsumatur melius scire, de qua re testator senserit; nam hæc ratio in hæredibus extraneis, in impuberibus, furiosis, &c. locum non habet, & si vera esset, hæredi indistincte tribui deberet electio; sed ne, si legatario hic electionem concedimus, hæredem, supra quam credibile est testatorem voluisse, oneremus, quæ conjectura legis est, *d. l. unum*, 67. §. *si rem*, 8. *de leg.* Mantic. *de conject. ult. vol. lib.* 3. *t.* 2. *n.* 6. Nam inter ædes, & ædes, inter navem & navem, inter fundum & fundum fieri potest ut nulla sit proportio & major distantia, quam inter Mantuam & Romam, inter viburna & cupressos: quam ob causam, etiam his rebus generaliter legatis, si testator nullas ejus generis habuit, legatum inutile habetur. Estque hæc etiam Interpretum nostrorum communis opinio, teste Gomez quam & ipse probat 2. *var. resol.* 11. *n.* 9. Auctoritas Pandectarum Florentinarum, (in quibus hæc scriptura est in *princ. dict. leg. si domus*, 71. *Si domus alieni simpliciter legata sit, cogentur hæredes quam vellet domum ex his, quas testator habuit, legatario dare*) me aliquando movit, ut etiam domo aut re alia ejusdem conditionis indistincte legata, putarem legatario electionem competere, sed plus apud me nunc valet consensus reliquorum omnium exemplarium, in quibus constanter legitur, *cogetur hæres, quam domum volet, &c.* ob rationem allegatam, & scriptura Florentina orationem efficit duriorem. In editione Haloandri legitur, *cogentur hæredes, quam domum volet, &c.* quæ scriptura etiam certius, quam vulgata, hæredi electionem tribuit. VINN. Sed magis, ut servetur lectio Florentina. Haleander enim ex ingenio scripsit *volent*, nec consensus reliquorum exemplarium opponi potest Florentinæ, reliquorum fonti. Vide Clar. Henr. Brenckm. *Hist. Pandect. lib.* 3. *cap.* 11. Si ergo plures hujus generis res reliquit testator, omnino electio erit legatarii. Nec obstat *lex* 37. §. 1. *ff. de leg.* 1. quippe ubi magis species certa legata, quam genus. Denique præsumptio quidem est, testatorem voluisse, quam minimum onerare hæredem suum, *leg.* 67. §. 8 *ff. de leg.* 2. sed & fortior militat præsumptio pro legatario, quod ei electionem concedere voluerit testator, dum speciem certam non expressit. HEIN. (8) Postremo sciendum est, etiam tunc cum legatario electio datur, non dari infinitam & per omnia liberam, ut possit ex genere legato quodcumque velit etiam optimum eligere; puta verbi causa, homine generaliter legato, actorem; sed conclusum intra modum, ut ne optimum accipiatur, *leg. legato*, 37. *de leg.* 1. Unde apparet, veteres in tota hac electione id semper egisse, ne immensum quid tribueretur legatario, neve hæres nimis oneraretur. Illud expeditum est, si de certo servo, aut re alia testator senserit, nec appareat de qua, hæredis electionem esse, *dict. l. legato*, 37. §. 1. *fac. leg. si quis*, 32. §. 1. *l. cum servus*, 39. *scio*, 6. *eod.* Secundum jus harum regionum sic in dubio, ære legato circa electionem definiendum censet Grot. *lib.* 2. *manud.*

cap.

cap. 22. Si ejus generis, quod legatum est, res sint in bonis defuncti, legatario electionem permittenda, sive res istæ naturalem determinationem habeant, ut equus, sive arbitrariam, ut domus, navis. Sin autem defunctus nullas ex eo genere res habuerit, aut si res pondere mensurave constans simpliciter legata sit; tum hæredi permittendum unde velit, hujus generis rem sumere & præstare: id enim voluntati defuncti, cujus solius apud nos ratio habetur, maxime videri consentaneum. Cæterum neque posteriore hoc casu hæredem defungi pessimum dando; neque priore illo legatarium posse optimum vindicare, extra quam si duæ tantum species istius generis in hæreditate defuncti reperiantur.

TEXTUS.

De optione legata.

23. *Optionis legatum, id est, ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat olim in se conditionem: & ideo nisi ipse legatarius vivus optasset, ad hæredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra & hoc in meliorem statum reformatum est, & data est licentia hæredi legatarii optare servum, licet vivus legatarius hoc non fecerit. Et diligentiore tractatu habito, & hoc in nostra constitutione additum est, sive plures legatarii extiterint, quibus optio relicta est, & dissentiunt in corpore eligendo: sive unius legatarii plures hæredes sint, & inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ut pereat legatum, (quod plerique prudentiam contra benevolentiam introducebant,) fortunam esse hujus optionis judicem, & sorte hoc esse dirimendum, ut ad quem sors pervenerit, illius sententia in opinione præcellat.*

NOTÆ.

23. *Habeat in se conditionem*) Σιωπηρῶς, quod tamen a Theophilo additum non est; ut quidam falso tradunt.

Constitutione nostra) Extat in *l. ult. Cod. comm. de leg.* 1.

Sorte esse dirimendum) Frequens admodum etiam apud veteres sortis judicium, *l.* 14. *de judic. l.* 5. *famil. ercisc. l.* 24. §. 14. *de fideicomm. l.* ubi scilicet animi judicio negotium explicari non potest: alius sorti res non committitur, *leg.* 8. *de pactis*, §. 1. *supr. de satisd. tut. l.* 47. *in fin. pr. Cod. de episc. & cleric.*

COMMENTARIUS.

1 *Legatum electionis idem esse, quod optionis: diversum autem a simplici legato generis & alternativo.*

2 *Legatum generale & alternativum, quantumvis cum jure eligendi, non esse idem cum eo, quod optionis dicitur.*

3 *Optionis legatum habuisse olim in se conditionem, eamque cohærentem personæ legatarii, ita ut ad hæredes non transmitteretur.*

4 *Explicatur* l. *si sic* legatum, 75. §. pen. de legat. 1. *rejecta interpretatione Donelli.*

5 *Notatur inconsiderantia Bachovii.*

6 *In* l. ultim. Cod. comm. de legat. *nihil cautum de jure optandi transmittendo, sed temere diversos casus misceri.*

7 *Frequens fuisse apud veteres judicium sortis: qui & micatione digitorum usi.*

QUidam putaverunt, aliud esse legatum optionis, aliud electionis: quod falsum esse, atque utroque vocabulo significari specialem ac solemnem electionem, manifeste apparet, ex *l.* 5. *de legat.* 1. *l.* 1. *l.* 2. *in princ.* & §. *ultim. l.* 4. *l. si tibi*, 8. *in princ.* & *pass. tit. de opt. vel elect. leg.* Cæterum legatum optionis seu electionis diversum esse a simplici legato generis aut alternativo, certum est, *dict. l.* 2. *in princ.* & §. 1. *l. cum ita*, 9. §. 1. *dict. tit.* Nec una inter hæc differentia est. Nam primum in legato optionis solemnis est & expressa electio; in legato autem generis & alternativo inest quidem etiam electio, seu tacita & simplex, non solemnis. Deinde optionis legatum semper relinquebatur per vindicationem: generis aut alternativum sæpe per damnationem. Hinc est, quod in legato optionis electio sit essentialis, atque ea, legata optione, non possit non esse legatarii; in legato autem generali & alternativo nonnumquam hæredi electio competit: vel quia expresse ei data est, vel quia forma legandi tacite in eum collata. Præterea generis legatum purum est, ac proinde si antequam vindicet, legatarius decesserit, ad hæredem transmittitur, *l. nec semel*, 12. §. *penult. quand. dies l. ced.* at optionis legatum habebat olim in se conditionem, scilicet si ipse legatarius optasset, ut hic ait Justinianus: eratque adeo jus hoc optandi mere personale, ut in hæredem transferri non potuerit. Ad hæc cui genus legatum est, ei optimum ex eo genere eligere non licet, *leg. legato*, 37. *de legat.* 1. ei autem licet, cui legata est optio, *l. si quis*, 9. §. 1. *de dol. mal.* Grot. 2. *manud. cap.* 22. excepto casu speciali *l. ult.* §. 1. *Cod. comm. de leg.* Denique optio solemnis numeratur inter actus legitimos, *l. actus*, 77. *de reg. jur.* quo sane referri non potest simplex, quæ legato generis inest, electio. Plane in *d. tit. de opt. leg.* occurrunt quidam etiam loci, in quibus tractatur, genere legato, cui arbitrium eligendi permittendum sit, ut in *l.* 2. §. 1. *l. servo*, 12. *l. Pamphilo*, 10. sed aliter fieri non potuit propter affinitatem, quam alterum legatum cum altero habet: Est enim in utroque electio: & in eo quoque conveniunt, quod semel duntaxat optare aut eligere licet, *l.* 5. *de legat.* 1. *apud Aufidium*, 28. *de opt. leg.* fac *l. hujusmodi*, 82. §. *Stichum*, 9. *de leg.* 1. *l. statu lib.* 11. *in fin. eod.* 2. Idem in his, quod in utroque legato singulæ res quodammodo sub conditione legatæ intelliguntur, *l.* 3. *qui & a quib. man.* quod res omnes, quarum aut genus aut optio legata, exhibendæ, *l.* 4. *de opt. leg.* 3. §. *item si*, 6. *ad exhib.* Quin amplius, etiamsi in legato generis aut alternativo nominatim facultas eligendi legatario data sit, veluti si ita testator dixerit, *Titio servum, quem voluerit, do, lego*, vel: *illud aut illud, utrum elegerit* puto tamen nihilo magis optionem legatam; sed pro simplici legato generis aut alternativo hoc etiam habendum, *arg. l. illud aut illud*, 19. *de opt. leg.* Proprie enim optio legata dicitur, cum ipsa electio, τὸ προαιρετὸν legatur; veluti si dicat testator; *Titio optionem servorum meorum, do, lego*: quo casu tres servos eligi posse, rescriptum est, *leg.* 1. *eod.* vel sic: *Titio ex servis meis quem volet, optat*: vel, *Ex scyphis meis, quem velit, eligito, sibique habeto.* Julianus in *l. si Pamphilo*, 10. *eod.* verbum optionis in generaliore significatione accepit pro quavis electione.

(3) *Habebat in se conditionem*) Σιωπηρῶς. Veteres, ut hic commemorat Justinianus, credebant, legatum optionis in se habere hanc conditionem, *si ipse legatarius optasset.* Quæ quidem conditio etsi tacite inerat, cujus generis conditionis non solent facere legata conditionalia, *l. conditiones*, 99. *de condit. & demonstr.* tamen quia ex volun-

voluntate testatoris videbatur proficisci, eamdem vim atque effectum habebat, quam habent conditiones cæteræ, quæ ex testamento veniunt, scilicet ut legatum efficeret conditionale. Sed & ipsa conditio legati quasi personæ injuncta ab alio quam a legatario ipso impleri non poterat, ut proinde jus eligendi in optionis legato personale esset, & vel ideo ad hæredem mortui ante electionem legatarii transferri non potuerit. Nec obstat *l. si sic legatum*, 75. §. *pen. de legat.* 1. ubi sic scribit Ulp. *Si quis ita stipulatus, Stichum aut decem, utrum ego velim, legaverit, quod ei debebatur, tenebitur hæres ejus, ut præstet legatario actionem habituro, utram decem an Stichum persequi malit*. Nam ut superius diximus, legatum generale aut alternativum, licet cum jure eligendi, non est idem aut ejusdem prorsus naturæ cum legato, quod in specie dicitur optionis. In legato hujusmodi, *illud aut illud*, utrum elegerit legatarius, est quidem etiam electio personalis, sed hactenus ut servo aut filio cohærent, *l. si stipulatus*, 76. *de verb. oblig.* non ut nullo electo, decedente legatario, post diem legati cedentem ad hæredem jus electionis non transmittatur; transmitti enim expresse scriptum est a Paulo in *l. illud*, 19. *de opt. leg.* nec ulla est inter tale legatum & ejusdem generis stipulationem differentia. Jam vero si stipulatus fuerim illud aut illud, quod ego voluero, mortuo me ante electionem, in hæredes obligatio transit: ut idem Paulus respondet in *dict. l. si stipulatus*, 76. *de verbor. oblig.* Nec est admittendum, quod Donellus in *dict. leg.* existimat, obligationem transire, electionem non transire; quo nomine etiam reprehenditur a Bach. *hic*: nam Donelli illam opinionem cum ipse locus satis refellit, tum perspicue species paulo ante proposita ex *dict. l. sic legatum*, 75. §. *penult. de legat.* 1. Nisi enim una cum obligatione ipsum etiam jus eligendi, quod ex stipulatione testatori quæsitum erat in hæredem ejus translatum fuisse ponamus, hæres cedendo actionem, id jus transferre in legatarium non potuit: quippe quod nec ipse habuit. Inconsiderate autem Bachov. jus electionis ex contractu quæsitum in quæstione proposita distinguit ab eodem jure delato ex testamento, quasi illud non impediatur conditione, quominus ad hæredem transeat, hoc contra. Nam etsi verum & notissimum est, legatum conditionale, mortuo pendente conditione legatario, intercidere, stipulationem aut sub conditione contractam, mortuo ante conditionem stipulatore, non extingui, sed spem obligationis transmitti in hæredem, §. *sub conditione*, 2. *infr. de verb. oblig.* *l.* 4. *l.* 5. §. 2. *quand. dies l. is tui*, 42. *de oblig. & action.* hæc tamen differentia non pertinet ad conditiones, quæ personis injunguntur: qualis sit omnino necesse est in memorata stipulatione, si eam conditionalem facimus, & nempe eadem, quæ in legato optionis, si ipse stipulator elegerit. Conditio omnis in personam certam collata personam non egreditur, deficitque, nisi in persona ejus impleta fuerit, *l. qui hæredi*, 44. *l. si ita*, 69. *de cond. & demonstr.* Hinc jam, opinor, intelligimus, non temere credendum iis esse, qui pro certo tradunt, apud Paul. in *d. l. illud*, 19. *de opt. leg.* scriptum fuisse, *transmitti non placuit*: Tribonianum autem responsum Pauli ad jus novum & constitutionem Justiniani in *l. ult. Cod. comm. de legt* accommodasse sublata negatione.

Et constitutione nostra data est licentia hæredi legatarii optare) Ubi Justinianus caverit, quod hic se cavisse dicit, ut legatum optionis ad legatarii, qui non optavit, hæredem transmittatur, non invenio. Interpretes omnes intelligunt *l. ultim. C. comm. de leg.* & sane ea, quæ mox sequuntur de dissensione plurium hæredum circa electionem sorte dirimendam, arguunt, eam constitutionem hic significari. (6) Etenim, quod interpretes non animadverterunt, nihil amplius ea constitutione sancitur, quam si ut hæredes legatarii inter se de electione non conveniat, controversia sorte dirimatur: de jure vero optandi ad hæredes legatarii ante electionem mortui contra rationem juris veteris transmittendo, plane nihil ibi cavetur. Immo vero constitutio sic scripta est, ut ex ea nihil aliud colligi posse videatur, quam quod etiam apud veteres jam olim sic obtinuerit ut legata optione, si legatarius ipse non optasset, ad hæredes ejus jus optandi traduceretur. Memorat enim, inter veteres dubitatum fuisse, quid statuendum foret, si plures legatarii, quibus optio legata esset, vel unius legatarii plures hæredes circa electionem corporis dissentirent. Inepta profecto dubitatio, si electio in legato optionis mere personalis fuit, hoc est, ita personæ legatarii cohæsit, ut nec ad hæredes ejus transierit. Quid dicam non habeo, nisi quod Tribonianus diversos casus temere videtur miscuisse, & casuum plurium legatariorum de electione disputantium inconsiderate confudisse cum casu plurium hæredum unius legatarii, quod & Bach. existimat. VINN. Ast tanta oscitatio cadere non videtur in Tribonianum. Ex nostro §. patet, primo conditam constitutionem, eaque cautum, ut & hæredes legatarii optare possent, deinde diligentiore habito tractatu, ei constitutioni aliquid additum esse. Prior constitutio priori inserta Codici periit, additamentum migravit in codicem repetitæ prælectionis, habeturque *l. ultim. Cod. comm. de legat. & fideicomm.* Nec est quod aliquem turbet, quod Tribonianus ibi speciem proponat, ubi legatarii hæredes dissenserint circa electionem. Nam hujusmodi speciei & jure veteri locus esse potuit, si testator ita legaverit, *Titio, aut eo mortuo ejus hæredibus servum, quem optaverint, do, lego*. Itaque ex *d. l. ult.* non sequitur, ut jam ante Justinianum legatarii hæredibus jus optandi fuerit. HEIN.

Optare servum) Quod de servo hic dicitur, exempli id causa dictum intelligimus, atque ad rem quamlibet, cujus optio legata sit, pertinere *dict. l. ultim. Cod. comm. de legat.* Sic passim videmus in optionis legato tantum servorum mentionem fieri: & Papinianus in *l. actus*, 77. *de reg. jur.* servi optionem refert inter actus legitimos, non quod non idem fuerit in aliarum rerum optione legata; sed quia plerumque servorum potius, quam aliarum rerum optio legari solita erat: unde & de eo sæpius Jurisconsulti & consulebantur & scribebant, id quod manifeste apparet ex lectione totius *tit. de opt. leg.*

Sorte hoc esse dirimendum) Si plures legatarii, vel unius plures hæredes in optando dissentiant, unus sorte, qui optet, constitui, cujus optionem cæteri ratam habeant, expresse cautum est *dict. l. ultim. C. comm. de legat.* Frequens autem admodum etiam apud veteres fuisse sortis & fortunæ judicium, ex variis Jurisconsultorum responsis elucet, *l. sed cum*, 14. *de judic. l. generaliter*, 24. §. *quod ergo*, 27. *de fideicomm. lib.* quamquam vix, ubi negotium animi judicio explicari potest; de quo nos *l.* 1. *select. quæst. cap.* 35. Utebantur antiqui & micatione digitorum: Varro, *Micandum erit cum Græco, utrum ego illius numerum, an ille meum sequatur.* Cicero 1. *de offi.* *Sed quasi aut sorte aut micando victus, alteri cedat alter* Sveton. *in Aug. cap.* 13. *Patrem & filium pro vita rogantes sortiri, aut micare jussit.* Quando

do autem & quibus casibus res dubia sorti permittenda sit, ab hoc loco, alienum est quærere. VINN. In loco Svetonii alii legunt *sortiri aut dimicare*. Sed *micare* habuit Codex MS. Salamasianus. Sic res olim in foro, sic carnes de lanio micando emebantur. Quod Turcium Apronianum, Vir Clarifs. Præfectum urbi, utilitate suadente, sustulisse, ex marmore veteri intelligimus. Vide plura apud Casaub. in not. ad Sveton. *loc. c.* HEIN.

TEXTUS.

Quibus legari potest.

24. *Legari autem illis solum potest, cum quibus testamenti factio est.*

COMMENTARIUS.

TRansit hic Imperator ad partem principalem hujus tituli secundam, in qua agitur de personis, quibus legari potest. Sic autem initio definit legari illis solum posse, cum quibus testamenti factio est. Non ait, qui testamenti factionem habent; quo soli proprie significantur, qui testamenti faciendi jus habent, ut ostendimus supra in §. *testes autem*, 6. *de test. ord.* sed cum quibus testamenti factio est: quo continentur etiam qui ipsi testamentum facere non possunt, modo jus capiendi ex alieno testamento habeant. Quinam autem isti sint, docent §. *extranei*, 4. *prac. tit.* De iis, qui capere non possunt, dictum est in hæredum institutione. Olim hac in parte nonnulla inter legata & fideicommissa differentia fuit, poteratque quibusdam incapacibus fideicommissum relinqui, quibus legari non poterat; vel propter conditionem libertinitatis, vel propter leges Voconiam, Juliam, Papiam, aut similes, quibus capere, aut totum capere vetabantur; quæ de re forte uberius infra *sub tit. de fideicomm. hær.* Illud nunc sciamus, legibus istis & differentiis incapacium sublatis nullum amplius hac in re discrimen inter legata & fideicommissa superesse.

TEXTUS.

Jus antiquum de incertis personis.

26. *Incertis vero personis neque legata neque fideicommissa olim relinqui concessum erat. Nam ne miles quidem incertæ personæ poterat relinquere, ut Divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subjacebat, veluti si quis ita dicat:* Quicumque filio meo filiam suam in matrimonio dederit, ei hæres meus illum fundum dato. *Illud quoque, quod iis relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi consules designati essent, æque incertæ personæ legari videbatur: & denique multæ aliæ hujusmodi species sunt. Libertas quoque incertæ personæ non videbatur posse dari; quia placebat, nominatim servos liberari. Sub certa vero demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ recte legabatur:* veluti, Ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus illam rem dato. *Incertis autem personis legata, vel fideicommissa relicta, & per errorem soluta, repeti non posse, sacris constitutionibus cautum erat.*

NOTÆ.

25. *Incertis personis*) Receptum tamen fuit, ut pauperibus, *l.* 24. *Cod. de episc. & cler.* civitatibus, *l.* 26. *ad SC. Trebell. l.* 22. *de legat.* 1. corporibus & collegiis licitis, *l.* 12. *C. de hær. inst. l.* 1. §. 15. *ad SC. Treb.* relicta, rata essent.

COMMENTARIUS.

1. *Exponuntur aliquot loci: ex quibus falso quidem colligunt, etiam jam olim hæreditatem, legatumve incertis personis relinqui potuisse.*
2. *De legatis relictis civitatibus, municipiis, collegiis, pauperibus.*
3. *Cur ejus, quod incertæ personæ relictum erat, per errorem soluti non esset repetitio?*

INcertæ personæ olim neque hæreditas, neque legatum, aut fideicommissum relinqui poterat. Ulpian. *tit.* 22. §. 3. *tit.* 24. §. *incerto*, 18. Paul. 3. *sent.* 6. Ratio hæc erat, auctore Ulpiano *d. tit.* 22. §. 3. quoniam certum esse debet testantis consilium. Sic enim verba legis 12. tabularum, *Ut quisque legassit*, veteres interpretati sunt, ut quisque certo consilio ac solido judicio statuerit, &c. At hæreditatem bonave sua magna sæpe labore quæsita relinquere incertæ personæ, tam certi consilii non est, ut potius species quædam dementiæ esse videatur. Non est contrarium, quod Marcianus scribit, tale legatum utile esse: *Illis, qui testamentum meum obsignaverint, hæres meus decem dato, l. si quis*, 14. *de verb. dub.* (1) Nam quod futuris signatoribus seu testibus legatur, id non incertis, sed certis personis relinqui intelligitur. Etsi enim tunc incerti & testatori ignoti sunt, cum is privatam voluntatem suam scribit, tamen non possunt non esse certi eo tempore, quo proprie testamentum fieri dicitur, hoc est, cum solemnia peraguntur, quibus adhiberi testes nisi sciente testatore & rogante non possunt. Non obstante quoque *leg. in tempus*, 68. §. 1. *de hæred. inst.* agitur enim ibi expresse de institutione certæ personæ, quam & testator proprio nomine designavit: sed quia plures erant testatori eodem nomine amici, non apparebat, de quo sensissent: cujusmodi in causa audienda est probatio voluntatis; & qui probare poterit, de se sensisse defunctum, admittendum, *arg. l. falsa*, 33. §. 1. *de cond. & demon.* quamvis totam exceptionem illam, *nisi & aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum pro qua persona testator senserit*, responso Jurisconsulti adjecta a Triboniano nullus dubitet, add. Ant. Fab. 3. *conj.* 19. Magis videtur obstare *l.* 5. *de reb. dub.* Respondet Donellus, proponi illic legatum aut fideicommissum relictum incertæ quidem personæ, sed ex certis tamen; quod etiam olim licuit, ut statim audiemus; quippe verba illa fideicommissi, *Sive quis alius restitutionem mihi impetraverit*, cum Juliano & Cajo sic interpretanda, si quis alius ex amicis quorum testator mentionem non fecit. Alii putant, etiamsi quis alius curaverit testatorem restitui, nontamen minus fideicommissum deberi, quasi pro beneficio, quod speratur, datum. (2) Porro ex hoc jure manavit; quod nec civitates, nec mancipia aut collegia hæredes institui aut legatum capere potuerunt. Ulp. *d. tit.* 22. §. 4. Plin. *lib.* 5. *ep.* 7. *ad Calvisium*: *Nec hæredem*, inquit, *institui, nec percipere posse rempubl. constat*. Ceterum postea, ut hæc corpora legatum capere possent, permissum fuit:

etiam tempore mediæ jurisprudentiæ, *leg. si quis*, 35. *in fin. l. hæres*, 73. §. 1. *l. 1. si quid*, 117. *l. civitatibus*, 122. *de leg. 1. cum senatus*, 20. *de reb. dub. l. omnibus*, 26. *ad Senatusc. Trebell.* A Nerva hoc primum introductum, post deinde a senatu auctore Hadriano diligentius constitutum fuit, Ulpian. *tit.* 24. §. *civitatibus*, 28. Paulus Marco id tribuit, *d. l. cum senatus*, 20. In propriis nominibus facilis est auctorum lapsus. Tandem etiam concessum, ut civitates & municipes hæredes institui possent, *l. hæreditatis*, 11. *C. de hæred. inst.* quod ætate Ulpiani & Pauli nondum obtinebat, ut liquet ex fragmentis ejusdem Ulp. *tit.* 22. §. 4. *& d. l. omnibus*, 26. *ad Senatusc. Trebell.* quibus locis hoc tantum traditur, fideicommissam hæreditatem municipibus restitui ex Senatusconsulto Aproniano. Eamdem denique rationem habuit, quod legatum pauperibus relictum non valebat: quod nunc firmum, ratumque omnibus modis habetur, daturque jus & nomen hæredis episcopis, œconomis, xenodochiis: nomen, ut sint hæredes; jus, ut debita exigant, creditoribus hæreditariis respondeant, pauperibus relicta dividant, *l. id quod*, 24. *l. si quis*, 40. §. 1. *& seqq. C. de Episc. & Cler.* Cyn. Bald. Salic. *in d. l. id quod*, 14. Bart. *in l.* 5. *de reb. dub.* Tulden. *ad cit. C. de incert.* VINN. *Hujus juris historia non satis accurate exponi videtur a Vinnio. Quamvis enim Ulpianum sequutus, a* Nerva antiquum jus primum mutatum esse existimet; id tamen non satis conciliari posse videtur loco Plinii, qui sua ætate nondum capere potuisse respublicas tradit, idque sub Trajano, ut videtur. Nam in eadem *epist.* 7. *l.* 5. liberalitatis ac munificentiæ erga Novocomenses mentionem facit, quam jam post consulatum ostendisse videtur, uti ex marmore apud Grut. *P.* CCCCLIV. & MXXVIII. apparet. Primum ergo SC. permissum videtur ut caperent civitates fideicommissa, idque sub Hadriano, consule Apronio, anno Christi 117. vel 123. Sub eodem & legata civitatibus relicta Senatusconsulto firmata. Ulp. *Fragm. tit.* 24. §. 28. Unde legati hujusmodi exemplum exstat in *l.* 101. *ff. de l.* 3. Postea D. Marcus id jus etiam ad collegia, *l.* 20. *ff. de reb. dub.* immo etiam ad municipia protulit, *l.* 73. §. 1. *ff. de legat.* 1. Denique & hæredes institui potuere civitatis non demum per Constitutionem Leonis Tracis, *l.* 12. *C. de hær. inst.* sed jam temporibus Pauli, id est Severi & Caracallæ, ceu ex *l.* 121. *ff. de legat.* 1. colligimus. HEIN.

(3) *Quam incerta opinione*) Incerta persona hic dicitur, quam testator animo suo incerta & cæca opinione subjicit, id est, cum mens & cogitatio testatoris nullis certis finibus circumscripta tamquam in immenso atque infinito vagatur: nam si mens ejus certo numero personarum, quas omnes novit, terminetur, incertitudo personæ legatarii legatum non vitiat, ut exempla subjecta demonstrant.

Qui primi consules designati) Puto, hoc exemplum ad eum pertinere, qui vel ante candidatorum numerum constitutum, vel cum eos non nosset, incertissima opinione dixit, *qui primi consules designabantur*. Quod si e constituto jam candidatorum numero, quos testator novit, ei qui primus consul designatus fuerit, centum legaverit, magis est ut hoc legatum valeat, ut relictum uni ex certo personarum numero cum certa demonstratione.

Libertas quoque incertæ personæ) Antea dixit, ne militem quidem legatum aut fideicommissum incertæ personæ relinquere potuisse, etsi militum testamentum nullius adstringebantur juris civilis subtilitatibus: cujus tamen generis unum hoc fuit, quod incertæ personæ legari non potuit. Aliam nunc subjicit ejusdem juris ampliationem, quod nec libertas, cujus summus alioqui favor semper fuit, incertæ personæ dari potuerit, addita ratione, *quia placebat nominatim servos liberari*, quod videtur cautum fuisse lege Fusia Caninia. Ulp. *tit.* 2. §. *ult.*

Sub certa vero demonstratione) Ex certo personarum ordine aut numero cum certa demonstratione legari incertæ personæ etiam olim jus fuit, veluti: *Ex collegis meis, qui nunc sunt*, aut: *Ex cognatis meis, qui primus ad funus meum venerit*: aut: *Qui filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus illud dato* Ulp. *tit.* 24. §. *incertæ*, 18. Et notandum in exemplo proposito demonstratione expresse addi, hæc verba *qui nunc sunt*: alioqui incerta adhuc foret demonstratio.

Per errorem soluta repeti non posse) Hic locus confirmat id, quod ante diximus, ex subtilitate quadam juris civilis hoc esse, quod incertæ personæ legari non posset. Neque enim ratio naturalis impedit, quominus verbi causa, ei qui filiam meam aliquando uxorem ducturus est, hæredem meum aliquid dare jubeam. Proinde ex hujusmodi relicto etiam olim nascebatur debitum naturale: id est, hæres ex tali voluntate naturaliter obstringebatur, quæ causa est, quod Imperatorum constitutionibus cautum fuerit, ne ejus, quod incertæ personæ legatum erat, soluti per errorem repetitio esset: quippe naturalis obligationibus hic certissimus jure quoque civili effectus est, ut impediat ejus, quod ex ea causa solutum est, repetitionem, *l.* 13. *l. si pœnæ*, 18. *de cond. ind. l.* 10. *de oblig. & act.* Christin. *vol.* 4. *dec.* 50. *n.* 4. erratque adeo manifeste Pacius, hunc locum restringens ad legata, quæ pietatis aut religionis intuitu relinquuntur: quo in errore Mynsing. non fuit, ut falso existimat Bachovius (

TEXTUS.

Jus antiquum de posthumo alieno.

26. *Posthumo quoque alieno inutiliter antea legabatur. Est autem alienus posthumus, qui natus inter suos hæredes testatori futurus non est: ideoque ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus erat posthumus avo.*

NOTÆ.

26. *Ex emancipato filio conceptus*) Alienarum posthumorum diversa sunt genera, & varii gradus: vide Cujacium.

COMMENTARIUS.

1. *Posthumos esse similes incertis personis: cæterum non per omnia eodem jure cum his censeri.*
2. *Posthumi alieni qui? & eorum diversa genera.*

QUI in utero sunt, sive posthumi, & tam alieni quam sui, in hæreditate legitima semper pro jam natis habiti sunt, & capaces hæreditatis sibi ab intestato delatæ, *l. pen. de stat. hom. l. pen. de legat.* 1. (1) Verum in hæreditatibus testamentariis & legatariis nemo posthumus pro nato, initio habitus fuit, propter verba legis duodecim tabularum, *Uti quisque legassit, &c.* quæ sic a prudentibus, ut etiam ante diximus, accepta sunt, uti quisque certo consilio ac judicio decreverit. &c. Cum enim posthumi omnes incertæ sint personæ, aut

aut incertis personis similes, contra legem fieri visum est, si aut hæredes instituerentur, aut legatum iis daretur, quasi non solido consilio id a testatore factum esset, ignorante, & an nascituri sint, & quales nasci-turi, & quot nascituri. Paulatim tamen disputatione fori propter utilitatem & non sine magna ratione receptum, ut posthumi sui recte hæredes instituerentur, & legatum ex testamento caperent. In posthumis alienis interpretatione prudentum nihil mutatum; qua de re fusius disputavimus sub §. 2. *supr. de exhær. lib.* Non in omnibus tamen eamdem rationem posthumi alieni & cujusvis alius incertæ personæ fuisse, ex eo apparet, quod fideicommissum posthumo alieno utiliter relinquebatur, *l. 5. in fin. de reb. dub. l. 2. de jur. cod.* cæteris incertis personis inutiliter. Et vero non est posthumus plane similis tali personæ, quam testator omnino incerta & cæca cogitatione animo suo subjicit: sed magis & quodammodo similis iis, quos numquam vidimus qui etiam hæredes institui possunt, *l. ult. supr. de hær. inst.* Cæterum quod hic Justinianus ait, posthumo alieno jure antiquo inutiliter legari, ei obstat *leg. 6. de reb. dub.* nam in calce præcedentis *leg. 5.* proponitur quis rogatus hæreditatem restituere posthumo suo vel alieno: & mox continentur in *l. 6. seq.* posthumus hæres institutus, vel cui legatum relictum est. Respondeo, sunt loci isti diversorum auctorum: ac proinde necesse non est, ut quod in uno dicitur de posthumo vel suo vel alieno, cui hæreditas restitui jus est, repetatur in altero, in quo simpliciter proponitur posthumus hæres institutus, aut legato posthumo datum: nec illud etiam eo loco quæritur, an cum posthumo, & cum quo testamenti factio sit, sed an & quando posthumus partem faciat?

Inter suos hæredes testatori futuros non est) Posthumus suus & alienus sic inter se opponuntur, ut suus posthumus dicatur, qui si vivo testatore nasceretur, in potestate ejus esset, primumque ab eo gradum in familia obtineret, uno verbo, qui nasceretur testatoris suus hæres: qualis est is, qui in utero uxoris testatoris est, aut uxoris filii ejus præmortui, aut emancipati, postquam uxor jam conceperat, §. *pen. supr. de tut.* §. 2. *tit. præc.* (2) Posthumi alieni omnes, qui, si vivo testatore nascantur, aut in ejus potestate familiave non nascuntur, aut non nascuntur proximo ab eo gradu, uno verbo, qui sui aut inter suos non nascuntur. Horum autem diversa sunt genera & varii gradus. *Primum posthumus alienus avo est nepos natus ex filio, etiam quem* superstitem in potestate habebat: quamdiu enim filius in familia manet, nepos ex eo suus hæres avo non agnoscitur, §. 2. *supr. de exhær. lib. d.* §. 2. *præc. tit.* §. 2. *de hær. ab intest.* At enim quia aliquando fieri potest, ut hic nepos posthumus suus hæres testatoris agnoscatur, puta si filius vivo testatore decesserit; pro suo hactenus habitus, atque ex formula Galli hæres institui potuit, *l. Gallus, 29. de lib. & post.* Magis alienus posthumus est nepos, conceptus ex filio emancipato, *hoc text.* in quo etiam ob causam jam dictam hujus tantum nepos posthumi fit mentio: item qui in utero est uxoris filii, qui in adoptiva familia est, *l. 1. §. si filius, 8. de vent. in poss. l. mitt.* & qui nasci speretur ex testatoris filia, §. *ult. supr. de pat. pot.* Eadem porro ratione posthumus matri alienus est posthumus: puta si cæso utero extractus fuerit, *l. 6. fin. pr. de inoff. test.* & aviæ, qui in ventre est filiæ, aut uxoris filii: & adhuc magis alieni, qui nasciturі sunt ex agnatis aut cognatis, *l. pen. de legat. 1. d. l. de inoff.* Postremo alienissimi & maxime extranei, qui neque legitimi futuri sunt, neque cognati, *l. 6. de vent. in poss. mitt.* Hos autem omnes Justiniani definitio complexa est.

TEXTUS.

Jus novum personis incertis, & posthumo alieno.

28. *Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione relicta, quum in nostro Codice constitutio posita sit, per quam & huic parti medemur, non solum in hæreditatibus, sed etiam in legatis & fideicommissis: quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. Tutor autem per nostram constitutionem incertius dari debet: quia certe judicio debet quis pro tutela sua posteritati cavere.*

NOTÆ.

28. *In nostro Codice constitutio*) Desideratur hæc Justiniani constitutio. Ex verbis autem hujus textus hoc constat Justinianum cavisse, ut incertitudo personæ, cui aliquid legatum est, non vitiet legatum, si vel in præsens, vel ex futuro eventu certitudo aliqua apparere possit.

COMMENTARIUS.

Hujusmodi species sine justa emendatione) Dubium est, utrum indistincte hoc referendum sit ad speciem de incertis personis, de quibus superius egit, an vero tantum ad speciem de alieno posthumo, cujus proxime meminit in §. *præc.* Sed recte plerique Interpp. sentiunt, Justinianus loqui in universum de specie incertarum personarum, quas hactenus commemoravit, atque hoc dicere, constituisse se, ut & posthumo alieno & cæteris personis incertis, quas modo eventus postea demonstravit, legatum relictum valeat. Atque hoc ex eo satis intelligitur, quod scriptum est in §. *incertis, 25.* incertis personis legari olim concessum non fuisse: quod stulte diceretur, si ne nunc quidem id concessum esset constitutione Justiniani. Habemus etiam certissima hujus rei argumenta in hoc ipso §. quæ in progressu indicabimus. Hoc tamen dubii adhuc relinquitur, quatenus scilicet jus illud, quod de incertis personis recensuit, emendarit. Non enim dicit, se id jus penitus sustulisse, sed non penitus reliquisse inemendatum. Ex verbis quidem Justiniani nihil hic colligere possumus, quam hoc cum constitutione sua cavisse, ut incertitudo personæ, cui quid legatum est, non amplius vitiet legatum, si ulla ratione vel nunc, vel ex futuro eventu certitudo aliqua apparere possit. Sed tamen non semper id admittendum videtur. Quid enim si eventus incideret in eas personas, mortuo aut ignorante testatore, quibus verisimile non est, specialiter eum legaturum fuisse? Finge sic esse legatum, *Qui filiam suam filio meo collocaverit, ei hæres meus centum dato*: eamque collocasse ignorante testatore, qui inimicus testatori fuerit, qui pessime de eo meritus, qui sit infamis aut vitæ flagitiosæ: non putarem, huic quicquam ex hujusmodi legato deberi, ne nunc quidem post constitutionem Justiniani. Certius vero de re tota constitui posset, si constitutio, ad quam hic relegatur, extaret: sed in Codice, quo nunc utimur, desideratur. Græcam fuisse verisimile est, omissamque a Latinis descriptoribus intercidisse.

Non solum in hæreditatibus) Ergo olim nec hæres institui incerta persona potuit: quod etiam diserte scriptum, est

est ab Ulpian. tit. 22. §. 3. De posthumo tamen alieno testatur ipse Justinianus §. seq. potuisse eum & antea hæredem institui. Cæterum hoc quomodo accipiendum sit, ibi declarabimus.

Et fideicommissis) De fideicommissis cautum propter personas incertas, §. incertis, 25. sup. eod. nam posthumo alieno etiam antea fideicommissum relinqui potuisse evincitur ex l. 2. de jur. cod. l. 5. §. ult. de reb. dub. Et hoc certum argumentum est, Justinianum non solum de posthumo alieno cavisse, sed de cæteris quoque personis incertis.

Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari) Hic iterum locus ostendit, verum esse, quod diximus, Justinianum in constitutione, cujus hic meminit, emendasse jus de personis incertis, non solum posthumis: male enim alioqui in ea tutorem incertum exciperet. Quod autem exceperit tutorem incertum, atque in eo jus vetus conservari voluerit, l. tutor, 20. de test. tut. ad cautionem pupilli pertinet; quippe cujus interest, ne incerto aut ignoti, de quorum fide, diligentia ac moribus testatori constare non potuit, ad tutelam admittantur, maxime sine satisdatione, a qua tutores testamentarii immunes sunt. Cui adde, quod in delatione tutelæ nullum lucrum vertitur, quod ea suscepta tutor consequatur.

T E X T U S.

De posthumo alieno hærede instituto.

28. *Posthumus autem alienus hæres institui & ante poterat, & nunc potest; nisi in utero ejus sit, quæ jure nostro, uxor esse non potest.*

COMMENTARIUS.

1. *Quomodo accipiendum, quod hic ait Justinianus, posthumum alienum etiam antea hæredem institui potuisse?*
2. *Confutantur Alciatus & Bachovius, qui putant huic loco deesse negationem.*

ETSI, ut superius dixi, antea ita jus fuit, ut posthumo alieno inutiliter legaretur: nihilominus tamen, ut nunc hic ait, hæres institui is posthumus etiam antea potuit. Hoc autem non videtur convenire cum iis, quæ supra relata sunt de inutili institutione posthumi alieni, & de emendatione juris veteris etiam hac in parte a Justiniano facta. Tum si antea posthumus alienus hæres institui potuit, quod opus fuit addere, etiam nunc eum institui posse? An quia constitutione sua jus vetus in eo confirmavit? nullo modo: profitetur enim expresse, se antiqui juris observationem circa incertas personas & posthumos alienos emendasse etiam in hæreditatibus, significans, sua demum illa constitutione effectum, ut etiam posthumus alienus recte hæres instituatur. (1) Sed sciendum est, neutrum jure civili in persona posthumi alieni valuisse: sive hæres institutus esset, sive legatum ei datum: cæterum legatum etiam jure Prætorio insuper habitum, cum eo jure institutio posthumi alieni, ut favorabilior, sustineretur, institutumque Prætor adjuvando dando ei bonorum possessionem secundum tabulas, infr. de bonor poss. in pr. l. posthumus, 6. de inoff. test. l. 1. §. si filius, 12. de vent. in poss. mitt. l. 3. de bon. poss. sec. tab. Quamobrem Interpp. fere omnes hæc verba Justiniani, & ante poterat, & nunc potest, sic acceperant, ante poterat jure Prætorio, nunc potest etiam jure civili ex constitutione scilicet Justiniani, ut cum utrumque intelligi non possit de eadem juris specie, accipiatur de eodem juris effectu, cum parum referat ad vim tabularum, utrum hæreditas ex iis adiri, ac bonorum possessio peti possit; quod ego verissimum esse arbitror. Neque obstat, quod Justinianus loquitur de hærede instituto, quod verbum est juris civilis: sic enim loqui eum necesse fuit, ut ostenderet differentiam institutionis & legatorum, de quibus antea egerat. Et quid prohibet, quominus dicatur jure facta institutio, quæ jure Prætorio sustinetur? Sane Ulp. in d. l. 6. de inoff. test. l. 1. §. si filius, 11. de vent. in poss. mitt. cum de posthumo alieno loquens cum hæredem scriptum aut hæredem institutum, natumque secundum tabulas habere scribit, nihil aliud significat, quam posthumum alienum jure Prætorio recte hæredem institui. Quin etiam Paulus simpliciter respondet, hujusmodi institutionem jure fieri, l. Titius, 25. §. 1. de lib. & post. cujus species huc quoque pertinet, ut bene contra Cujacium observavit Ant. Fab. 9. conj. 2. (2) D. Bachovius tamen contra omnium exemplarium & Græcorum Institutionum fidem existimat, huic loco deesse negationem, & legendum, *Posthumus autem non alienus*, id est, *suus*: quod jam olim etiam tenuit Alciatus 9. parerg. 1. Sed errare eos aperte ostendit subjecta exceptio, *nisi in utero ejus sit, quæ jure nostro uxor esse non potest*: quæ exceptio necessario intelligenda est de posthumo alieno, sive eam accipias de posthumo, qui in utero sit ejus mulieris, quicum omnino nullum connubium est, ut sunt Vestales, Sanctimoniales seu Ascetriæ, quæ perpetuam voverunt castitem; sive etiam de eo posthumo, qui ex ea muliere & testatore nasciturus est, quæ illius uxor esse prohibetur, propter cognationem puta, aut affinitatem, aut quia alio nupta: quippe quod ex his nascitur vivo testatore, in potestate ejus nasci non potest; estque turpis hujusmodi institutio, ipsoque jure non valet, l. 9. §. 1. de lib. & post. Jam vero stultissime exciperetur posthumus alienus, si id quod præcedit, ad posthumum alienum non pertinet, sed ad non alienum sive suum duntaxat. Mirorque adeo judicium Bachovii, qui hac exceptione etiam confirmari putat suam illam & Alciati emendationem. Cæteris Bachovii argumentis quivis facile occurret, qui modo hæc nostra attente legerit.

T E X T U S.

De errore in nomine legatarii.

29. *Siquidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine legatarii testator erraverit, cum de persona constat, nihilominus valet legatum. Idemque in hæredibus servatur, & recte. Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt: qui, si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest.*

N O T Æ.

29. *Cum de persona constat*) Id est, dummodo certum sit demonstratione testatoris, de quo ille senserit. Et pari ratione quamvis testator erraverit in nomine proprio rei legatæ, veluti si fundum Cornelianum pro Sempronianο nominaverit, utile est legatum, & debebitur Sempronianus, leg. 4. de legat. 1. Secus est si erraverit in nomine rei appellativo, puta si cum vestem legare vellet, supellectilem scripserit: quia rerum vocabula natu-

naturæ consona, publica & immutabilia sunt, *dict. l. 4. l. 7. §. 2. de suppel. leg.*

COMMENTARIUS.

1. *Subtilius ac diligentius, quam passim, explicatur differentia nominum propriorum.*
2. *Cur error in nomine legatarii non vitiet legatum, cum de persona constat? & n. 5.*
3. *Nec errorem in nomine proprio rei legatæ vitiare legatum: & cur vitiet error in nomine appellativo?*
4. *Quid si testator rem oculis subjectam alieno nomine appellaverit?*

TRactationi de incertis personis ea de errore nominis, item de falsa demonstratione & falsa causa ideo subjungi videtur, quia hæc quoque quodammodo personam legatarii incertam reddunt. Pertinet huc titulus *Pand. & cond. & demonstr.* item *tit. C. de fals. caus. adj. l. cum 2. seqq.* ad quos vid. D. Tuld. & Perez. adc. Christin. *vol. 4. decis.* 49. Nos etiam quædam subtilius atque accuratius, quam illi fecerunt, explicabimus.

In nomine, cognomine, prænomine, agnomine) Hæc quatuor nomina etiam Imp. Gordianus distincte expressit, *l. 4. C. de test.* & Charisius Grammaticus ita scribit: *Propria nomina in quatuor species dividuntur, prænomen, nomen, cognomen, agnomen, ut Publicus, Cornelius, Scipio, Africanus. Prænomen est, quod nomini præponitur, ut Publicus. Nomen, quod familiæ originem declarat, ut Cornelius. Cognomen, quod nomini subjungitur, ut Scipio. Agnomen, quod extrinsecus adjici solet, ut Africanus.* Hæc ille. Plura etiam ejusmodi apud Romanos videmus, ut *Marcus Licinius Crassus Dives, Marcus Porcius Cato Sapiens, Quintus Fabius Maximus Allobrox, Lucius Cornelius Scipio Asiaticus.* Charisius autem non satis distincte videtur rem ipsam explicasse. (1) Prænomen erat nomen cujusque proprium; ut *Marcus, Lucius, Paulus, Publius.* Nomen totius gentis commune erat, hoc est, omnes, qui ex eadem gente erant, eodem nomine appellabantur, verbi causa, qui ex gente Cornelia, omnes Cornelii; qui ex gente Valeria, omnes Valerii nominabantur. Cognomine singulæ familiæ in quaque gente distinguebantur, idemque omnium qui ejusdem familiæ erant, cognomen erat: ut ex gente Cornelia, omnes Cornelii, qui ex familia Scipionum, Scipiones; qui ex familia Lentulorum, omnes Lentuli, &c. Agnomen dicebant, quod ab eventu aliquo ducebatur, ut Publius Scipio ex Africa, Lucius ex Asia oppressa agnomen acceperunt, quamquam ejusdem essent familiæ, teste Cic. *pro Muræn.* quo tamen loco agnomen illud, sed cognomen vocat. Idem *lib. 2. de offic. c. 16. Divitem Crassi,* & *libro de amicit. c. 2. Sapientem M. Catonis cognomen* fuisse scribit. Apud nostros quoque tantum nominis, prænominis, & cognominis mentionem fieri reperio, *l. 1. de lib. & post. l. hæredes, 21. §. 1. qui test. fac. l. 8. §. 2. sec. tab.* Unde apparet, veteres appellatione cognominis etiam agnomen complecti, etsi hæc interdum distinguant. Cicero *lib. 1. de invent. c. 9. Nomen cum dicimus,* inquit, *cognomen quoque & agnomen intelligatur oportet.* Non fuere autem apud Romanos agnomina aut frequentia aut necessaria, quippe quibus plerosque caruisse constat. At his tribus, prænomine, nomine, cognomine perpetuo uti consueverant: ut *L. Cornelius Sylla; C. Julius Cæsar; M. Tullius Cicero.* Theophilus hanc rem Græcis parum cognitam, ut potest, declarat, scribens, nomen esse π᾽ α᾽ ... [illegible],

prænomen, quod nomini præponitur, a majoribus vel benefactoribus assumptum. Hodie in toto orbe Christiano præter nomen familiæ sive cognomen hæreditarium a parentibus aut amicis proprium nomen mutuamur, quod nobis imponitur, cum Sacramento Baptismi initiamur, & in Ecclesiam recipimur. VINN. Omnibus Romanis fuisse cognomen, haud facile demonstraveris: Aliud de C. Mario, Q. Sertorio & L. Mummio observavit Plutarchus *in vita Marii ab init.* Sic & fœminæ eodem teste, nomen quidem habebant gentile, ut Tullia, Fulvia, Livia, immo & prænomen, ut a Perizonio, Spanhemio, aliisque demonstratum est, sed nullo cognomine. Sed & id observandum, genti Sulpitiæ bina semper fuisse prænomina: alterum commune, SERVIUS: alterum proprium, ut *Cajus, Marcus,* &c. Adoptivi plerumque retento prænomine, adsumebant nomen patris adoptantis, & cognominis loco addebant nomen gentis, ex qua prodierant, inflexum in ANUS e. g. M. JULIUS OCTAVIANUS. Sed hæc tamen non semper ita se habuisse permultis exemplis ostendit vir summus Ez. Spanhemius *de usu & præst. numism.* HEIN.

Cum de persona constat) Sive quis hæredem instituit, sive alicui quid legat, personam hæredis & legatarii demonstrare oportet. Demonstrantur personæ circa controversiam suo nomine, cæterum & aliis rebus demonstrari possunt, & si aliis demonstretur, valet institutio & legatum perinde, ac si proprio nomine demonstratæ essent, *l. quoties 9. §. si quis 8. de hær. inst. l. 8. §. 2. de bon. poss. sec. tab. l. 4. C. de testam.* & generaliter in omnibus partibus juris demonstratio vice nominis fungitur, *l. 6. de reb. cred. l. nominatim 34. de cond. & dem. l. 2. de lib. & posthum.* (2) Cui jam & illud consequens est, ut si falsum nomen adjectum sit, errante in nomine testatore, nihilominus & institutio & legatum valeat, perindeque habendum sit, quasi nomen omnino adjectum non esset: dummodo certum sit demonstratione testatoris, de quo ille senserit. Ut enim cætera omittantur, personam tamen necesse est ita demonstrari a testatore, ut certo appareat, quem ille intellexerit, *dict. leg. quoties 9. §. si qui. 8.* Pro non dicto enim est, aut pro non scripto, quod ita dictum scriptumve est, ut non intelligatur, *l. 2. de his, quæ non script. hab.* Finge ergo, hæc modo vel instituisse; *Corneliæ sororis meæ, filius hæres esto,* vel legasse, *Corneliæ, sororis meæ, filio fundum illum do lego,* si soror unum tantum filium habeat, hic qua satis apparet quam testator designavit, valet institutio & legatum. Idemque est, si sic dixerit; *Cornelius, sororis meæ Corneliæ filius, hæres esto:* aut, *Cornelio, sororis meæ Corneliæ filio, centum lego:* etiamsi ei non Cornelio, sed Sempronio nomen sit. Porro dum certa sit demonstratio, unde ea ducatur, nihil interest. Nam sic recte hæres nuncupatur indicio digiti: *Hic mihi hæres esto,* cum præsens est, qui ostenditur, *l. nemo 59. de hæred. inst.* Denique & sic quoque recte demonstratur; *Cujus nomen in codicillis scripsero, ille mihi hæres esto, l. 10. de cond. inst.* Cujusmodi demonstrationes in legatis vel magis valere debent. Pari ratione etsi testator erraverit in nomine rei legatæ, veluti si fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile est legatum: & debebitur Sempronianus, si constet hunc legatum esse, *leg. 4. de leg. 1.* Et convenienter, si quis cum unum tantum servum haberet, dixerit; *Servum meum Stichum do lego,* valebit legatum, licet servo *Davus,* non *Stichus,* nomen sit, *argum. §. seq.* Plane si quis cum vestem legare vellet,

supellectilem scripserit, putans vestem appellatione supellectilis contineri, placet, nec supellectilem, nec vestem deberi, quasi neutrum legatum sit, *d. l. 4. de leg. 1.* ubi Jurisconsultus differentiæ hanc rationem reddit, quod *rerum vocabula immutabilia* sint, *hominum mutabilia*. Rerum vocabula vocat, quæ Grammatici appellativa; hominum, quæ illi propria, eo quod rei sive personæ tantum singularis designandæ causa reperta sunt. Hæc mutabilia esse ait, quia scilicet privata sunt, & pro arbitrio singulorum & imponuntur, & mutantur: illa immutabilia, qua publica & communia, *l. Labeo 7. §. 7. de supile. legat.* ut proinde error in his tolerabilis sit, in illis stultus & intolerabilis. Et est sane ingens inter hæc discrimen. Propria nomina omnia θέσει constant, & ita, ut pro arbitrio cujusque privati & citra considerationem naturæ rei imponantur: unde nec rei οὐσίαν, sed tantum differentiam ἰδιότητα indicant. Appellativa autem fere φύσει constant; id est, a natura vim suam habere videntur, saltem prima, quæ sunt ἀρχικὰ καὶ πρῶτα, idest principia & elementa reliquorum. Sane Cratylus apud Platonem existimat, majorem quamdam vim, quam humanam prima rebus nomina imposuisse. Sed & flexa, etsi impostitia sunt, publica tamen & ipsa sunt ac communia, & sive prudenter, sive temere & ἀπὸ τοῦ αὐτομάτου imposita sunt, non sunt tamen arbitraria, ut ex singulorum opinione exaudiri debeant, sed ex communi usu. In summa eorum impositio naturæ consona habetur, nec minus hæc, quam prima, ipsam rei substantiam indicant. VINN. Sed non temere hodie quisquam cum Cratylo apud Platonem existimabit, vocabula φύσει significare, non ex impositione hominum. Nec opus tam subtili ratione, quum prior reddi possit. Nomen proprium uni datur, appellativum pluribus commune est vel personis vel rebus. Si quis itaque per errorem supellectilem pro veste scripserit, neutrum debetur, non vestis, quia hujus non sit mentio; non supellex, qua de hac non sensit, vocabulo hoc pluribus rebus quam vestibus conveniente. (4) Ast si Davum pro Sticho dixit, & unus tantum servus adsit, facile apparet de quo sentiret testator, quia nomen proprium servile non nisi uni servo suo competere potest. HEIN. De illo quæsitum est; an non saltem valeat legatum, si res, cum oculis subjecta esset, a testatore demonstrata sit, utut alieno nomine eam appellaverit; veluti si, cum equus præsens esset, ita legavit: *Hunc bovem Titio lego*. DD. commun. probant sententia Accursii in *l. qui extrinsecus 65. de verb. obl.* existimantis valere, atque equum deberi: quod tamen mihi minime consentaneum videtur, ei quod scribit Paulus *l. 3. de reb. dub.* eum, *qui aliud dicit, quam vult, neque id dicere, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur*: convenienter plane sententiæ sive Servii sive Celsi, *non videri quemquam id dixisse, cujus non suo nomine usus sit*, aut quod idem valet, neminem videri sensisse, quod non dixit; quam Tubero plus hic tribuebat voluntati, *l. 7. §. 2. de sup. leg.* Quamobrem magis est, ut tale quoque legatum inutile haberi debeat, neque æque stultum ac derisorium, ut illa de quibus in *l. 4. de legat. 1.* quod etiam Mynsingero verius videtur. Sane si quis chartas librorum appellatione, aut contra, complexus esse dicatur, locus esse potest quæstioni voluntatis propter rerum affinitatem, *l. librorum 52. §. quod tamen 4. de leg. 3.* Quin etiam generaliter id admittendum putem, si aliquo colore usuve loquendi vocabulum, quo testator usus est, ad id, quod voluisse dicitur, extendi potest, *arg. l. 9. de trit. vin. obl.*

Significandorum hominum gratia) Ratio elegans, si enim nomina in hoc inventa sunt, ut per ea commodius personæ designentur, profecto nec omissio nominis, nec error in nomine legatarii, si aliunde de persona ejus certo constat, legatum vitiare debet: & recte Pedius nihil referre dicebat, proprio nomine res appelletur an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur; quoniam vice mutua fungantur, quæ tantumdem præstant, *l. 6. de reb. cred.*

TEXTUS.

De falsa demonstratione.

30. *Huic proxima est illa juris regula falsa demonstratione legatum non perimi. Veluti si quis ita legaverit*: Stichum servum meum vernam, do, lego. *Licet enim non verna, sed emptus sit: si tamen de servo constat, utile est legatum. Et convenienter, si ita demonstraverit*: Stichum servum, quem a Sejo emi, *sitque ab alio emptus; utile est legatum, si de servo constat.*

COMMENTARIUS.

1. *Regulam hoc loco traditam sic esse temperandam, nisi quid aliud legati obstet, præter falsitatem demonstrationis; quod variis exemplis declaratur.*

Quod in errore nominis personæ legatarii, aut proprii vocabuli rei legatæ custoditur, ut etsi falso hujusmodi nomine testator usus sit, legatum tamen ob id non vitietur, modo de persona aut re aliunde constet: id etiam obtinet in demonstratione, hoc est, adjectione omni, quæ extra nomen personæ aut rei designandæ gratia adhibeatur, ut etsi vel in persona legatarii, vel in re legata demonstranda aliquid erratum sit, tamen perinde legatum valeat, ac si nullus error intervenisset: dummodo constet, cui legare, aut quam rem legare testator voluerit, *l. demonstratio 17. in princ. & §. 1. l. si falsa 33. cum l. seq. de cond. & dem.* Ratio est, quia nomen & demonstratio mutua vice funguntur, aut demonstratio vice nominis, *l. 6. de reb. cred. l. nominatim 34. de cond. & dem.* Eoque respicit Justin. *in princ. hujus §.* cum ait, proximam esse superiori hanc juris regulam, *falsa demonstratione legatum non perimi*. Habet autem hæc regula suas nonnullas exceptiones, & in universum sic temperanda est, nisi quid aliud legato obstet præter falsitatem demonstrationis. Etenim si demonstratio certam rem aut summam indicet, sed circumscriptam certo loco, eaque res illo loco non reperiatur, inutile hoc esse legatum traditum est. Ut ecce, testator ita legavit: *Centum, quæ in arca habeo, Titio lego*. Si hæc in arca nulla sint, placet nihil deberi, quasi certum corpus: quod in rerum natura est, legatum sit, *l. si servus 108. §. qui quinque 10. de legat. 1. l. §. & sed & si 7. de dot. præl.* junct. *l. plane 34. §. de legat. 1.* prius enim esse debet, quod legatur, quam legatum valeat, aut dici possit falsa demonstratione non perimi, *l. quibus 40. §. pen. de condit. & dem.* Item si quis ita legaverit; *Quod mihi Titius debet, Sempronio lego*, sine adjectione corporis aut quantitatis, neque Titius quicquam debeat, placet nullum legatum esse, non propter vitium demonstrationis, sed alia evidenti ratione, quia non apparet, quid quantumve legatum sit, *l. si sic legatum 75. §. 1. de legat. 1.* Et eadem igitur ratione inutile

le erit & hoc legatum: *Quod Titio debeo, ei lego*, si testator neque debeat, neque quantitas adjecta sit: quamvis si ita dixerit: *Decem, quæ Titio debeo, ei lego*, nec quicquam Titio debeatur, legatum sit utile: quia sola falsa demonstratio legatum non vitiat, *d. l. sic legatum* 74. §. 1. *l. legavi* 25. *sub fin. de lib. leg.* Sed & amplius licet quantitas adjecta sit, tamen nec si quidem semper utile legatum in superioribus speciebus. Finge, testatorem ita legasse; *Certum, quæ Titio debeo, Sempronio lego*, constat, hoc legatum inutile esse, etiamsi verum sit, centum Titio deberi, quoniam debitor id quod ipse debet, alii quam creditori legare non potest. Quam ob causam nec si falsum erit, legatum valebit: nam quod inutile foret legatum detracto vitio demonstrationis, id adjecta vitiosa demonstratio utile efficere non potest. Finge iterum legasse hoc modo: *Titio centum, quæ mihi debet, lego*, cum Titius nihil deberet, responsum est, nihil hic item esse in legato, multumque interesse inter falsam demonstrationem & falsam conditionem sive causam, *d. l. sic legatum* 74. §. 2. *d. l. legavi* 21. *vers. quod si sic*. Nimirum etsi hic centum verbo legata sunt, revera tamen nihil aliud legatum, quam liberatio: quo legato hoc continetur, ut si hæres petat, exceptione removeri, si non petat, ultro pulsari possit, ut debitorem liberet, *l. 3. §. 3. de lib. leg.* Neutri vero horum locus esse potest, ubi nulla est obligatio. Pari denique ratione si testator centum, quæ Titius ei debebat, legaverit Sempronio dicendum erit, inutile esse legatum, si nihil Titius debeat *d. l. si sic. legatum* 75. §. 2. quippe nec hic legantur centum, quæ hæres det, sed actio, quam præstet adversus Titium: hoc enim legato nominis continetur, ut hæres actiones suas præstet, nullas vero habere aut præstare potest adversus eum, qui nihil debet; quod Jurisconsultus in *d. l. si sic legatum* 75. §. 2. breviter his verbis significat; *Esse enim debitor debet*.

Stichum servum meum vernam) Exemplum falsæ demonstrationis. Est autem verna servus domi ex ancilla natus, οἰκογενής, οἰκότριψ. Quod nomen Festus *a verno* deductum putat, *quod id tempus duce natura fætura est*. Hinc *vernaculus*, ut *vernacula lingua*, *una vernacula*, id est ἐπιχώριος. Cicero 5. *in Ver. cap.* 61. *Vernaculum crimen* pro domestico. *Auctor incert. de bello Hispan. cap.* 7. *Vernaculas Pompeji legiones* pro propriis dixit.

Stichum servum, quem a Sejo emi.) Aliud ejusdem generis exemplum ex *l. demonstratio* 17. §. 1. *de cond. & dem.* ubi & aliud occurrit, veluti si ita servus demonstratus sit: *Stichum sutorem, Stichum cocum Titio lego*. Licet enim neque sutor, neque cocus sit, ad legatarium pertinere dicitur, si de eo sensisse testatorem apparet. Exempla autem hæc sunt falsæ demonstrationis adjectæ rei legatæ: idem vero etiam obtinet, si in persona legatarii designanda quid erratum sit, aut falso demonstratum, puta circa corpus, vel artificium, vel officium, vel patriam, vel necessitudinem, vel affinitatem, dummodo de persona ejus constet, cui testator legaverit, *d. l.* 17. §. 1. *l. falsa* 43. *& l. seq. eod.* Quod tamen & ipsum semper sic accipiendum est, dum nihil amplius obsit legato, quam falsa demonstratio: non etiam error, qui obstet voluntati, qualis plerumque nascitur ex errore sanguinis. Nam si quis propter hanc opinionem aliquid alicui legaverit, ut sanguine conjuncto, qui non erat, legatum non valebit, *arg. l. 4. & l. 7. Cod. de hær. inst.*

TEXTUS.

De falsa causa adjecta.

31. *Longe magis legato falsa causa adjecta non nocet; veluti cum quis ita dixerit*: Titio, quia me absente negotia mea curavit, Stichum do lego, *vel ita*: Titio, quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus sum, Stichum do lego. *Licet enim neque negotia testatoris unquam gesserit Titius, neque patrocinio ejus liberatus sit, legatum tamen valeat. Sed si conditionaliter enunciata fuerit causa? aliud juris est, veluti hoc modo*, Titio, si negotia mea curaverit, fundum meum do lego.

NOTÆ.

31. *Legato non nocet*) Quia ait Papinianus: ratio legandi legato non cohæret, *l. 72. §. 6. de cond. & dem.* id est, quia legatum constat etiam citra rationem adjectam legato, ideo falsa non nocet, quia vera quoque necessaria non est. At citra nomen aut demonstrationem legari non potest.

COMMENTARIUS.

1 *Cur longe minus falsa causa legato adjecta nocere dicatur: quam falsa demonstratio?*
2 *Causam in futurum collatam sive modum huc non pertinere.*
3 *Qua ratione legatum in proposito sustineatur?*
4 *Insigne hujus juris temperamentum.*
5 *Qua in re conditio & modus conveniant, & discrepent?*

QUod juris est, ait Cajus, in falsa demonstratione, hoc vel magis est in falsa causa, *l. demonstratio* 17. §. 2. *de cond. & dem.* Causa nostris dicitur causa præterita, seu ratio, propter quam aliquid datur aut fit, *l. damus* 52. *de cond. ind.* causa irritatrix, quam dialectici προκαταρκτικὴν vocarent, alias ἀφορμή, occasio, causa impellens dicitur. Igitur causa, id est, ratio legandi, etiamsi falsa sit, legato non obest. (1) Sed cur ait, longe minus falsam causam legato adjectam nocere, quam falsam demonstrationem? Puto idcirco, quia nomen & demonstratio cum legato cohærent, adhibentur enim ad personam legatarii aut rem legatam designandam: causa autem legandi a legato separata est, & sine ulla causa legari & potest & solet. Hanc differentiam indicat Papinianus, *l. cum tale*, 72, §. *falsam* 6. *de cond. & dem* cum ideo falsam causam legato non obesse, *quia ratio legandi legato non cohæret*. (2) Causa, quæ in futurum confertur, modus appellatur, veluti: *Centum lego ut opus extruatur*, &c. *d. l.* 17. §. *ult. de cond. & dem. tit. C. de his quæ sub mod. leg.* Ea autem huc non pertinet: quia quod sub modo legatum est, perinde fere habetur, ac si sub conditione relictum esset, *l. si cui*, 92. *de cond. & dem. l. 1. C. h. tit.*

(3) *Legatum tamen valet*) Donare enim nihilominus testator voluit, aut saltem voluisse præsumitur. Quippe sciebat, se ob negotia sua gratis gesta aut patrocinium sibi præstitum nulla necessitate remunerandi teneri, *arg. l. donari* 82. *de reg. jur. l. damus*, 52. *l. in summa*, 65. §. *de cond. ind.* Cum igitur gratuitam mereque voluntariam exercuerit liberalitatem, non debet hanc evertere falsitas occasionis, qua primum provocatus ad legandum fuit. Nam & si quis inter vivos ob hanc causam quid

dederit, quod negotia sua adjuta putabant, falsa licet persuasione datum consistit, nec repeti potest, *d. l. damnus, 52. de cond. ind.* redditurque hæc ratio *in dict. l. in summa, 65. §. 2. eod.* quia qui dedit, donare voluit. Et vel magis igitur id valere debet in ultimis voluntatibus, *arg. l. in test. 12. de reg. jur.* VINN. Accedit & alia ratio legatis propria. *Legare*, ut supra ex Ulpiano demonstravimus, est *legis modo aliquid relinquere*. Testator itaque est instar legislatoris. Hujus autem lex obligat, tametsi falsa ratione munita: quia jam ipsa legislatoris voluntas pro ratione est. Recte Puffendor. *de J. N. & G. lib. 1. c. 6. §. 1. Lex licet & ipsa suis non debeat carere rationibus, hæ tamen proprie caussa non sunt, quare ipsi obsequium præstetur, sed potestas præcipientis, qui ubi voluntatis suæ decretum significavit, obligationem subdito adfert, omnino juxta præscriptum faciendi, etsi fors ipsi rationes præcepti haud ita liquido adpareant*. Ita ergo & hæredi necessitas imponitur, voluntatis testatoris, tamquam legislatoris adimplendæ, si vel maxime hic rationem vel nullam vel falsam adjecerit legato. HEIN. (4). Cæterum insigne hujus juris temperamentum Papinianus addit, *l. cum tale, 72. §. falsam, 6. de cond. & dem.* nisi hæres probet testatorem legaturum non fuisse, si causam, quam adjecit, falsam esse scivisset: Verba Papiniani sunt: *Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur, alias legaturum non fuisse*. Quasi dicat, etsi falsa causa adjecta legatum numquam ita vitiat, quin summo jure peti possit, propter regulam de falsa causa, tamen plerumque fieri, ut parentem legatarium hæres summoveat exceptione doli mali, docens, testatorem solius causæ, quæ adjecta est, gratia legatum reliquisse, alias non fuisse legaturum. Id vero sæpe probatu non est usque adeo difficile. Quid enim si testator aliquando apud amicos aperte dixerit, se, si verbi causa Titius negotia sua non curasset, nihil habere, cur ei quicquam relictum vellet; vel se facere non potuisse, quin egregium officium sibi a Titio præstitum legato aliquo remuneratur, aliam legandi causam non habuisse; vel hoc unum se movisse, ut Titium legato honoraret, quia restitutionem sibi a Principe impetrasset, alias nihil se illi legaturum fuisse? Denique quotiescumque probari potest, tamquam pro compensatione accepti beneficii legatum datum esse, locus erit exceptioni doli: quippe quæ omnibus obstat, qui non ex voluntate defuncti aliquid petunt, *l. 3. §. ult. de alim. leg. l. 4. §. præterea, 10. de dol. mal. exc.* Et ideo si quis cum Titio quædam sua negotia peregre curanda commisisset, atque existimans ea diligenter curata esse, centum eidem Titio legaverit cum adjectione hujus causæ, quam falsam esse & negotia illa neglecta hæres doceat; putarem hic etiam petenti legatario obstituram doli mali exceptionem.

Conditionaliter enunciata). Si causa conditionaliter hoc modo enunciata fuerit: *Titio, si negotia mea curaverit, fundum lego*, causa legato ipsa conceptione cohæret, & si falsa est, fit, ut voluntas legato desit, & legatum fit inutile, *l. demonstratio 1. T. §. q. an. de cond. & dem.* nam conditiones, quæ in præsens aut præteritum tempus conferuntur, si falsæ sint, statim vi sua inanem & inutilem actum reddunt, §. *pen. inf. de verb. oblig.* Itaque hoc casu legatum non debebitur ipso jure, eoque nec exceptio adversus petentem desiderabitur. (5) Conditionis affinis est modus; utrumque enim futurum aliquid spectat; nam si hac legandi formula testator utatur: *Titio centum do, lego, ut mihi monumentum faciat*, legatum est sub modo, *d. l. demonstratio, 17. §. ult.* si ita dixerit: *Do lego, si monumentum faciat*, est conditionale. Effectus autem inter hæc multum interest: nam legatum sub modo relictum purum est, & statim peti potest, præstita scilicet cautione de re restituenda, si modus non impleatur; sub conditione autem relictum non debetur ante eventum conditionis, & si conditio defecerit, extinguitur, *l. 3. l. C. de cond. insert.* quamquam non omnium conditionum eventus perpetuo exspectatur. Nam si qua earum, quæ in non faciendo consistunt, collata sit in potestatem legatarii, desiderante eo statim repræsentatur relictum, dum is caveat, nihil se ejus facturum, quod testator vetuit: si contra fecerit, rem una cum fructibus restituturum ei, ad quem jure civili, deficiente conditione, legatum pertinere potest. Quæ cautio, quod a Q. Mucio inventa est & composita, Muciana dicta: atque in hæreditatibus quoque locum habet, *l. 7. l. his qui 18. de cond. & dem.* Plura de conditionibus insertis D. Tulden. & Perez. *ad tit. de sub. caus. adj. & 2. seq.* Christin. *vol. 5. decis. 48.*

TEXTUS.

De servo hæredis.

32. *An servo hæredis recte legemus, quæritur. Et constat, pure inutiliter legare, nec quicquam proficere, si vivo testatore de potestate hæredis exierit: quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideo valere quia diutius testator vixerit. Sub conditione vero recte legatur servo, ut requiramus, an quo tempore dies legati cedit, in potestate hæredis non sit.*

COMMENTARIUS.

Hujus & sequentis §. exiguus hodie usus est, servitute jam sublata. Proponuntur duæ quæstiones contrariæ, una hoc §. an servo hæredis recte legetur? altera §. seq. an recte legetur domino servi hæredis instituti?

Pure inutiliter legari) Quod servo legatur, ipsi domino legari intelligitur, *l. non minus 31. de hær. inst.* proinde si servo legetur, vel ipsi hæredi a semetipso legatur: quod a juris ratione alienum est, *l. & quidem 18. l. legatum 116. §. 1. de legat. 1. Ulp. tit. 24. §. 20.* neque natura patitur, ut idem sibi & creditor sit & debitor; quod fieri necesse est, si servo hæredis legari volumus: nam hæres hic creditor sit oportet, quia dominus legatarii, & debitor, quia hæres testatoris. Hinc quotiescumque accidit, ut creditoris & debitoris jura in eamdem personam concurrant, confunditur obligatio, & necessario extinguitur: quia nemo sibi obligatus esse potest, *l. sicut 65. de solut. l. 7. Cod. de pact.*

Si vivo testatore de potestate) Utrum quod pure relictum est, valeat, nec ne; ex tempore facti testamenti æstimandum, juxta præscriptum regulæ Catonianæ, quæ quod legatum inutile foret moriente statim testatore, ex postfacto convalescere non patitur, *l. 1. de reg. Caton.* Atqui in proposito, si statim testator decedat, vires habere legatum non potest. Eadem ratione supra dictum est, cur res sua alicui legatur, quia hoc legatum ab initio non consistit, ideo non convalescere, etiamsi legatarius eam rem vivo testatore alienaverit. §. *sed si rem 10. sup. eod.*

Sub conditione vero recte) Quod legatum per conditionem suspenditur, id in incerto est, aliquando valiturum sit, nec ne, ut dici non possit tempore testa-

men-

menti valere aut non valere: & ideo placet, Catonis regulam ad legata conditionalia non pertinere, *l. 4. de reg. Caton.* Quæ ob hoc amplius non pertinet ad legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam hæreditatem cedit, *l. 3. eod.*

An quo tempore dies legati cedit) Dies legati sub conditione relicti ante eventum conditionis non cedit, *l. 5. §. 2. quand. dies leg.* id est, legatum sub conditione datum non ante deberi incipit, quam conditio extiterit, *l. cedere diem 213. de verb. sign.* atque ex eo demum tempore vires hujusmodi legatum capit; ut proinde etiam satis sit, cum conditio existit, rem in eo statu esse, ut possit vires capere; quemadmodum in proposito potest, si scilicet eo tempore servus non sit in potestate hæredis. Quod si tempore conditionis existentis adhuc in hæredis sit potestate, procul dubio legatum nullum est. Sed inquies, etiam in casu præcedenti contingere potest, ut die legati cedente servus non sit in potestate hæredis: potest enim ante mortem testatoris, ex quo tempore dies legati pure relicti cedit, ab hærede manumitti aut alienari. Respondeo, quod attinet ad utilitatem legati puri, ita spectari tempus mortis, ut id tempus vi & potestate regulæ Catonianæ conjungatur cum tempore testamenti facti, perindeque omnino habeatur, licet diutius testatorem vivere contingat, ac si statim testamenti facti tempore decessisset. Ex quo est, quod nec ad ulla legata regula pertineat, quorum dies non cedit tempore mortis, *l. 3. de reg. Caton.*

TEXTUS.

De domino hæredis.

33. *Ex diverso, hærede instituto servo, quin domino recte etiam sine conditione legetur, non dubitatur. Nam etsi statim post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum, qui hæres sit, dies legati cedere intelligitur, cum hæreditas a legato separata sit, & possit per eum servum alius hæres effici, & si prius, quam jussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit, vel manumissus, ipse hæres efficitur; quibus casibus utile est legatum. Quod si in eadem causa permanserit, & jussu legatarii adierit, evanescit legatum.*

COMMENTARIUS.

HÆC species superiori contraria est. Ait, ei, cujus servus hæres institutus est, etiam sine conditione recte legari hac ratione, quia etiamsi statim decedat testator, tamen hoc casu dies legati apud eum, qui hæres sit, non cedit: innuens, legatum quidem cedere domino, ac proinde eo mortuo ante aditam hæreditatem ad hæredem ejus transmitti; sed non cedere apud hæredem, ut in casu superiori, cum domino hærede instituto servo ejus legatur. Quippe dominum non recta per servum hæredem fieri, sed ita, si jussu ejus hæreditatem adierit: posse autem fieri, ut servus institutus, priusquam jussu domini hæreditatem adeat, vel manumittatur, vel alienetur, atque ita vel sibi, vel alteri domino, cujus jussu adierit, hæreditatem acquirat, maneatque sic hæreditas a legato separata. Cur itaque hic legatum & hæreditas decedente testatore statim in eamdem personam non concurrant, neque ita necessario sequatur hæreditatis cum legato confusio, ut superiore casu legati cum hæreditate, placet, legatum interim in suspenso esse; & siquidem servus, antequam jussu domini hæreditatem adierit, manumissus vel alienatus fuerit, utile esse legatum: si vero in eadem causa manserit, & jussu legatarii adierit, evanescere propter confusionem cum hæreditate, quo fit, ut in eum casum deducatur, unde incipere non poterat. Eadem ratione responsum est, a filio hærede patri etiam pure legari posse, *leg. a filio 25. leg. quæsitum 91. in princ. de legat. 1.*

TEXTUS.

De modo & ratione legandi. De ordine scripturæ.

34. *Ante hæredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione hæredis accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti hæredis institutio. Pari ratione nec libertas ante hæredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putamus, scripturæ ordinem quidem sequi, (quod & ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum) sperni autem testatoris voluntatem; per nostram constitutionem, & hoc vitium emendavimus, ut liceat & ante hæredis institutionem, & inter medias hæredum institutiones, legatum relinquere, & multo magis libertatem, cujus usus favorabilior est.*

NOTÆ.

34. *Sperni testatoris voluntatem*) Quæ etiam ex veterum sententia totum in testamento facit, *l. 36. §. 3. de hæred. instit. l. 12. in fin. de legat. 1.*

Et ante hæredis institutionem) Nam in actu continuo & unius temporis, nihil ὕστερον πρότερον videri debet; manetque hæredis institutio semper caput & fundamentum testamenti, sive sequatur, sive antecedat. Wesemb.

COMMENTARIUS.

1 *Veteres non satis idoneam rationem habuisse improbandi legata ante hæredis institutionem relicta: & n. 2.*

SEquitur hujus tituli caput ultimum, in quo abolentur quædam juris veteris scrupulositates, quæ circa formam legandi observabantur: & nimirum hæ tres, quod ante hæredis institutionem, quod post mortem hæredis, quod pœnæ nomine legari non poterat.

Ante hæredis institutionem) Olim si ab institutione hæredis initium testamenti factum non esset, legata ante institutionem hæredis relicta inutilia erant: veluti si quis in ordinando testamento ita primo loco dixisset: *Titio centum do lego*; deinde loco secundo: *Sempronius mihi hæres esto*: legatum hoc, ut præpostero ordine ante hæredis institutionem relictum, non valebat. Ulp. *tit. 24. §. ante 14.* Paul. Paul. 3. *sent. 6. §. 3.* Cujus rationem hanc affert. Ulp. *quia potestas testamenti ab hæredis institutione incipit*. Id est, quia per institutionem hæredis demum vires, robur, ac firmamentum testamentum accipit: ut proinde hæredis institutio veluti caput ac fundamentum totius testamenti præcedere debeat: & quod ante relictum est, tamquam extra testamentum relictum videatur, ἔξω τῆς διαθήκης; ut ait Theophilus. Cæterum hæc ratio Justiniano tanti visa non est, ut propter eam ordo scripturæ necessario sequendus sit, spreta testatoris voluntate. Et merito. Sit enim

insti-

institutio hæredis caput & fundamentum testamenti, ex ea testamentum vires accipiat, uti revera accipit; *l. quod per manus* 10. *de jur. codem*; non ideo tamen legatum institutioni hæredis præpositum perinde habendum quasi extra testamentum relictum sit; quoniam cum unus continuus testandi actus sit, nihil in eo πρότερον videri debet, & proinde sive antecedat legatum, sive institutionem hæredis sequatur, institutio semper manet caput ac fundamentum testamenti. Nec scio, an aliam rationem habeat, quod olim etiam ante hæredis institutionem fideicommissum dari potuit: Ulp. *tit.* 25. §. 6. & *l. tutor.* §. *ad certum* 3. *sup. qui test. tut. dar.* & quod licebat testamentum ordiri ab exhæredatione, *l.* 1. *de hær. inst.* qua de causa Jurisconsultus ibi non simpliciter dicit, eum, qui testatur, ab hæredis institutione debere initium facere testamenti, sed plerumque debere.

Nec libertas ante hæredis institutionem) Quasi dicat, quamvis libertatis magnus semper fuerit favor: tamen hac in re non plus licuisse circa libertatis dationem, quam cætera legata. Excipit Ulp. testamentum militis, *tit.* 1. *de libert.* §. *post mortem* 15.

Et ipsi antiquitatis) Ipsi etiam veteres in plerisque potiorem rationem ducunt voluntatis, quam ordinis scripturæ. Cujus rei exempla passim occurrunt; ut in *l.* 14. *de pec. leg. l. cum pater* 77. §. *fidei* 12. *de legat.* 2. *l.* 6. *de solut. l. si idem* 14. *de legat.* 2. Et identidem pronuntiant, voluntatem testatoris in testamento totum facere, *l. ex facto* 35. §. *rerum* 3. *de hæredit. in st. l. si nihil* 12. *in fin. de legat.* 1. At enim in hac specie, quæ non tam ab ordine scripturæ, quam a juris ratione dependere visa est, non sunt ausi inde definire. Quæ tamen profecto nimia fuit scrupulositas. Nam cum illud admiserint, ut fidejussor præcedere posset principalem obligationem, §. 3. *inf. de fidejuss.* nulla idonea ratio dari posse videtur, cur non etiam hoc reciperent, ut legata præcedere possent institutionem hæredis. Neque enim magis fidejussio sine principali obligatione consistere potest, quam legatum sine hæredis institutione. Denique cum, ut antea diximus, actus testandi sit continuus, in eo considerari non oportet, quid prius aut posterius fiat, cum totum illud, quod fit, unus sit, unus temporis actus, *l. hæredes* [illegible] *qui test.* quod & Dom. Wesemb. notat.

Per nostram constitutionem) Non extat alia, quæ hujus rei meminit, quam illa ad Mennam Præfectum prætorio in *l. ambiguitates* 24. *Cod. de testam.* qua tamen nihil aliud cavetur, quam ut ne vitia in scribendo commissa imperitia tabellionum obsint testatoris voluntati. Unde plerique putant, & est verisimile, constitutionem, qua primum atque ex professo jus vetus abolitum est, desiderari. Cæterum quod Baro existimat, constitutione illa sic cautum fuisse, ut ordo, qui hic commemoratur, a testatore observari debeat, & tantum inversio ordinis in scribendo a tabulario facta non vitiaret testamentum, falsum esse arguunt verba hujus textus, quæ manifeste indicant, Justinianum sua illa constitutione totam hanc rem arbitrio testatoris simpliciter permisisse, ut nihil intersit, veterem ordinem servet, an a legatis initium sumat.

Et inter medias) Hoc etiam jure veteri licitum fuisse testis est Paul. 3. *sent.* 6. §. 1. Nostri notarii ineptiam suam produnt, dum semper fere a legatis & fideicommissis testamentum incipiunt, quasi putent, inverti rerum ordinem, si hæredis institutio, quæ tamen caput est & basis totius rei, primo loco scribatur. Gomez. 1. *var. resol.* 2. *num.* 5. Jacob. Verwey. *art. test. cap.* 16.

TEXTUS.

De legato post mortem hæredis, vel legatarii.

35. *Post mortem quoque hæredis aut legatarii simili modo inutiliter legabatur, veluti si quis ita dicat: Cum* hæres meus mortuus fuerit, do, lego. *Item*: Pridie quam hæres aut legatarius morietur. *Sed simili modo hoc correximus, firmitatem hujusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem præstantes, ne in hoc casu deterior causa legatorum, quam fideicommissorum inveniatur.*

NOTÆ.

35. *Quam fideicommissor.*) Jam olim enim benigne receptum erat, ut fideicommissa post mortem hæredis relinquere liceret, *l.* 5. §. 1. *de legat.* 3. Ulpianus *titul.* 25. §. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Cur post mortem hæredis, aut legatarii legare non-licuerit?*
2 *Cur licuerit in tempus mortis?*
3 *Legatum filio emancipato post mortem patris relictum conferri: cum pater morietur, non item.*

HÆC item mera quædam subtilitas fuit, quod olim post mortem hæredis aut legatarii legare concessum non erat, testibus Ulp. *titul.* 24. §. *post mortem* 15. & Paulo 3. *sent.* 6. §. 4. quam ob causam hunc quoque juris articulum emendavit Justinianus.

Inutiliter legabatur) Ulpian. *d. l. post mortem hæredis*, inquit, *legari non potest, ne ab hæredis hærede legari videatur; quod juris civilis ratio non patitur*: & Paul. similiter *d. loc. Post mortem hæredis legari non potest; quia nihil ab hæredibus hæredis relinqui potest*. Credo, quia incertum est, quinam illi futuri sint; deinde quia mandare alieno hæredi non licet. In universum vero post mortem hæredis aut legatarii ideo legare non licebat, quoniam vetus erat regula juris, ut obligatio, quæ non cœperit a defuncto vel contra defunctum, in persona hæredis vel contra hæredem non inciperet, §. *post mortem* 12. *inf. de inut. stip.* Jam vero si quod post mortem hæredis legatur, valere volumus, necesse est obligationem, quæ contra defunctum non incepit, adversus hæredem transire; si quod post mortem legatarii, necesse est, ut obligatio, quæ a defuncto non incepit, ad hæredem ejus transeat. Cur igitur, inquies, fideicommissum post mortem hæredis relinqui potuit? Ulpian. *tit.* 25. §. 6. Resp. Benigne id receptum fuit, ut fideicommissum relinqui posset ab hæredis vel legatarii hærede, salva in cæteris superiore regula, *leg.* 5. *de legat.* 3.

(2) *Cum hæres meus mortuus*). Aut, *Titio, cum mortuus fuerit, do lego*. Enimvero quamvis post mortem legatarii non potuit, in tempus tamen mortis tam legatarii, quam hæredis legatum conferri poterat, puta hoc modo: *L. Titio, cum morietur do lego*, vel: *Hæres meus, cum morietur, damnas esto dare*. Pand. *d. loc.* §. 5.

§. 5. & Ulp. *eod. l. si pecunia* 12. §. 1. *de leg.* 2. *l. hære.* 79. §. 1. *de cond. & dem.* quemadmodum & stipulatio in mortem promissoris aut stipulatoris utiliter concipiebatur, §. *ita autem* 14. *infr. de inut. stip.* Nimirum moriendi momentum vitæ attribuitur: quoniam viventes morimur; & mors si non semel tota est, non est: unde fit, ut in tempus mortis collata obligatio, ante mortem in persona morientis incipiat, & cœpta ad hæredem transmittatur. Hinc etiam illud est, quod etsi filius emancipatus non tenetur conferre legatum post mortem patris ei relictum, *l. penult. de collat. l. nec emancipatis* 15. *C. eod.* conferre tamen teneatur, quod ei legatum est, cum pater morietur: quia id non post mortem patris demum acquisivisse, sed moriente patre, manenteque adhuc vita, eum habuisse interpretamur. Constat autem, emancipatum juberi ea omnia conferre fratribus, qui in potestate manserunt, quæ moriente patre habuit, *l.* 6. *Cod. d. t.* Ulp. *tit. de poss. dand.* §. 3. ade. Cujac. 3. *obs.* 34.

Pridie quam hæres aut legatarius morietur) Existimaverunt veteres, hoc legatum incidere in speciem præcedentem & eum casum, quo post mortem hæredis aut legatarii legatur. Nam cum illud pridie ante mortem incertum sit, & non nisi postquam jam mortuus est hæres aut legatarius, sciri possit, quis ille dies fuerit, non magis hic obligationem ante mortem incipere posse crediderant, quam si expresse post mortem legatum esset. Qua ob causam stipulatio quoque hujusmodi. *Pridie quam moriar*, vel: *Pridie, quam morieris, dare spondes?* inutilis erat, *d.* §. *post mortem* 12. *infr. de inut. stip.* Ecce sollicitam veterum diligentiam.

Correximus) Ex constitutione Justiniani etiam post mortem hæredis aut legatarii legare licet, uti & stipulatio in tempus post mortem stipulatoris aut promissoris concepta ex ejusdem constitutione valet, *leg. scrupulosam* 7. *Cod. de contr. stipul.* Idem alia constitutione antiqui juris regulam abrogavit, permisitque, actiones ab hæredibus & contra hæredes incipere, *l. un. Cod. ut act. ab hæred.* Mutandi juris veteris hanc causam habuit, quod illud in pura puta subtilitate consistebat. Cur enim, cum legatum in tempus mortis conferre liceat, non liceat in tempus post mortem, aut in ante diem mortis? Meræ subtilitatis est, momentum mortis vitæ in hac causa attribuere; atque hoc solo colore defendere legatum: aut propter illud verbum *pridie* voluntatem testatoris infirmari.

Quam fideicommissa enim) Nam fideicommissa etiam olim post mortem hæredis recte relinquebantur, teste Ulpianus *tit.* 25. §. 6. *& in leg.* 5. §. 1. *de legation.* 3.

TEXTUS.

Si pœnæ nomine relinquatur, adimatur, vel transferatur.

36. *Pœnæ quoque nomine inutiliter antea legabatur, & adimebatur, vel transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coercendi hæredis causa relinquitur, quo magis aliquid faciat; aut non faciat, veluti si quis ita scripserit:* Hæres meus si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit; *vel ex diverso:* Si non collocaverit, dato decem aureos Sejo: *aut si ita scripserit.* Hæres meus si servum Stichum alienaverit: *vel ex diverso:* Si non alienaverit, Tito decem aureos dato. *Et in tantum hæc regula observabatur, ut quam plurimis principalibus constitutionibus significaretur, nec Principem agnoscere, quod ei pœnæ nomine legatum sit: nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamvis aliæ militum voluntates in ordinandis testamentis valde observabantur: quin etiam nec libertates pœnæ nomine dari posse placebat: eo amplius nec hæredem pœnæ nomine adjici posse, Sabinus existimabat: veluti si quis ita dicat;* Titius hæres esto: si Titius filiam suam in matrimonium Sejo collocaverit, Sejus quoque hæres esto. *Nihil enim intererat, qua ratione Titius coerceretur, utrum legati datione, an cohæredis adjectione. Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit: & generaliter ea, quæ relinquuntur, licet pœnæ nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alium translata, nihil distare a cæteris legatis constituimus, vel in dando, vel in adimendo, vel transferendo: exceptis videlicet iis, quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta aut alias probrosa. Hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere secta meorum temporum non patitur.*

NOTÆ.

36. *Quod coercendi hæredis causa*) Addit Ulpianus *d. loc. non ut quid ad alium pertineat*, id, non ut legatum facilius a legatario obtineatur. Itaque tale legatum. *Hæres uxori meæ penum dato: si non dederit, centum dato, l.* 1. *de pen. leg.* & si quæ similia, non est exemplum legati pœnæ: etsi enim & hic constringitur hæres, id tamen non fit hæredis puniendi, sed legati juvandi causa. Locus Africani in *l.* 1. *de his, quæ pen. caus.* interpolatus videtur a Tribon.

Secta meorum temporum) Ratio, disciplina, justitia, *l. ult. C. de pact.* Alexand. *l.* 2. *Cod. ad l. Jul. maj.* Trajan. *ad Plin.* 10. 56. Igitur tale legatum: *Hæres meus nisi mare ebiberit, aut nisi uxorem prostituerit, centum Titio dato*, nullius momenti est: quia pœnæ causa hæredi quod impossibile aut turpe est, injungitur. At cum impossibilitas imponitur legatario, puta hoc modo: *Titio, si mare ebiberit*, &c. *centum lego*, valet legatum, & conditio hujusmodi pro non scripta habetur, ut §. *propon. sup de hær. inst.* quod notandum.

COMMENTARIUS.

1. *Veteris juris, quod hic refertur, variæ rationes.*
2. *Quid sit pœnæ nomine legare?*
3. *Abrogatio hujus juris cur causa abrogandi.*
4. *Interp. plerosque circa hunc articulum errasse, eo quod non satis intellexerint, quod sit pœnæ nomine legare.*
5. *Notatur Bachovii & Sutholti insignis error.*

Tertia hæc species est, in qua jus vetus circa formam legandi a Justiniano mutatum. Olim quod pœnæ nomine relictum erat, in ea causa fuit, ut quæcumque hoc esset, in totum non valeret, Ulpianus *tit.* 24. §. *pœnæ* 17. fac. *l.* 12. *de cond. & dem. l.* 2. *de his quæ pen. nom.* Jul. Cap. *in Anton. cap.* 8. *Primus constituit, ne pœnæ causa legatum relictum maneret.* Neque alia in hac re fideicommissorum, quam legatorum causa fuit, Ulp. *t.* 25. §. 11. Hujus autem juris duplicem rationem fuisse Theoph. memorat. Primum, quoniam in hæredis arbitrium hoc legatum confertur; sic autem juris constitutio est, ut legatum in potestate hæredis poni non possit, *leg. senatus* 43. §. *penult. de legat.* 1. Deinde, quia finis legandi hujusmodi legato obstat, quip-

quippe legata ex animo & benevol n ia erga legatarium proficisci debere, non puniendi, aut territandi hæredis causa relinqui: pœnæ vero causa quod legatur, non beneficientiæ erga legatarium exercendæ gratia relinqui, sed contra naturam legati odio hæredis, ut sit pœna, non præmium, non honos. Quin & ter ii ejusdem juris ratio dari potest, quod scilicet per ejusmodi legata infringebatur libertas faciendi, quod jure cuique facere licet, & licere debet; quod & ipsum jus civile improbat, *l. Titio*, 71. §. 2. *de cond. & dem.* atque hanc quoque rationem videtur significare Theophilus, cum ait, hoc genus legati modum quemdam præscribere hæredibus; καθ' ὃν ἔδει αὐτοὺς πολιτεύεσθαι.

Adimebatur vel transferebatur) Exemplum sit: *Titio centum do, lego, Titius filiam suam Sejo in matrimonium ne collocet. Si Titius filiam suam Sejo collocaverit, quod Titio legavi, non do, nec lego*; vel, *Quod Titio legavi, Sempronio do, lego.*

Quod coercendi hæredis causa relinquitur) Vel etiam quod coercendi legatarii causa adimitur aut transfertur, ut in exemplo modo proposito. Plenius aliquanto definit Ulpian. *tit.* 24. §. *pœnæ*, 16. *pœnæ*, inquit *causa legatur, quod coercendi hæredis causa relinquitur, ut faciat quid, aut non faciat, non ut quid ad alium pertineat*: id est, non ut legatum, quod alicui relictum est, facilius a legatario percipiatur, aut obtineatur. Quæ nos definitio docet, non omnem eum pœnæ nomine legare intelligi, qui coercendi hæredis gratia legat; sed eum solum, qui nullam aliam causam legandi habet, quam ut hæres coerceatur, quod diligenter notandum est, ut scilicet intelligamus, legatum pœnæ nomine non relictum videri, non solum cum hæres non constringitur ullo modo, sed etiam cum constringitur aut coercetur, sed alius rei gratia, legati scilicet, quod datum est, juvandi, aut voluntatis testatoris confirmandæ.

Et in tantum hæc regula observabatur) Amplificat veterem regulam quatuor modis. 1. quod etiam Principes in eo, quod pœnæ nomine ipsis relictum erat, huic se juri subjiciebant. 2. quod nec ex testamento militis hujusmodi legata debeantur. 3. quod nec libertas quidem pœnæ causa dari poterat. 4. quod placebat, nec hæredem pœnæ causa adjici posse. Quibus & quintum adjici potest, quod [illegible] fideicommissa, quorum longe laxior [illegible] torum erat, pœnæ nomine dari po[illegible] Ulpian. *tit.* 25. §. *pœnæ*, 11.

Hujusmodi scrupulositas nobis non placuit) Justinianus etiam in hoc articulo juris veteris observationem ut nimis scrupulosam abrogandam putavit, idque effecit constitutione ea, quæ extat in *leg. unic. Cod. de his, quæ pæn. nom.* ut jam, quæ pœnæ nomine relinquuntur, vel adimuntur, aut transferuntur, non minus valeant, quam cætera, quæ jure relicta sunt. Et profecto nemini iniquum videri debet, cum, qui hæres instituitur, aut legato honoratur, pro modo relicti a testatore gravari, aut constringi, ut aliquid faciat, quod possit facere, & honeste possit: præsertim cum voluntatem defuncti legis instar observari etiam veteres voluerint, *l. ex facto*, 35. §. *rerum*, 3. *de hær. inst.* Humanum tamen esse plerisque visum est, ut hæres ob justam ac probabilem causam saltem excusetur a pœna, Covar. *in cap. Rayn.* §. 1. *num.* 7. *Pand. de testam.* Peregr. *lib.* 3. *de jur. fisc. cap.* 18. *num.* 108. Sand. *lib.* 4. *tit.* 6. *def.* 1. Ex his vero perspicuum est, errare Interpretes, qui putant, jam tum tempore mediæ jurisprudentiæ pœnæ nomine legare licitum fuisse, & Justinianum hic intelligere jus quoddam antiquius eo. quod relatum est in Pandectas. Causam errori præbuit, quod non intellexerunt, quid sit, pœnæ nomine legare. Putant, tale legatum; *Hæres uxori meæ penum dato: si non dederit, censum dato*; quale legatum citra controversiam semper valuit, *l.* 1. *de pæn. leg. l.* 1. §. *item si*, 18. *ad leg. Falcid. l. cum fine*, 19. *quand. d. l.* exemplum esse ejus, quod pœnæ nomine relictum est. Verum ex definitione Ulp. paulo ante a me relata atque illustrata facile apparet, hoc exemplum ad legata pœnæ causa relicta non pertinere, quippe in quo nihil proponitur relictum aut cautum odio hæredis, aut ob eam causam, ut hæres coerceatur, sed totum appareat relictum & cautum uxoris gratia. Manifesta igitur illa ignoratio est elenchi. Neque necesse, est, ut cum Cujac. *tract.* 5. *ad Afr. in l.* 1. *de his, quæ pæn. nom.* excipiamus de regula hanc speciem: *Hæres meus tale monumentum mihi ædificato: si non ædificaverit, centum Titio dato*, *l.* 7. *l. in test.* 27. *de cond. & dem.* Nam ne hoc quidem legatum pœnæ nomine relictum dici debet ex superiore definitione, quod præcipue testatoris causa relictum est, quo hæres provocetur ad faciendum, quod testator sibi fieri voluit. Justinianus movere Interpretes potuit, *d. l.* 1. *de his, quæ pæn. nom.* Sed jam docti omnes vident, locum esse interpolatum, Tribonianumque de suo hæc verba *illicite, vel probrose* responso Africani inseruisse, atque in calcem item adjecisse verbum *talem*, ut subserviret constitutioni Justiniani, quæ quidem, sublato jure veteri, perimit pœnæ causa legari, sed excipit, quæ illicita, probrosa, vel impossibilia sunt. VINN. Immo id non adeo exploratum est eruditis, *leg.* 1. *ff. de his, quæ pæn. caus.* esse a Triboniano interpolatam. Potius Vir Illustris, Corn. Van-Bynkersh. *de legat. pæn. nom. relict. cap.* 4. inde colligit, ea tantum legata visa olim pœnæ nomine relinqui, quibus testator hæredem ad probrosum aliquid faciendum cogere vellet. Quæ si vera sunt, non potest quidem Tribonianus argui, quod constitutioni Justiniani subserviens responsum Africani interpolavit: ast erit tamen tunc ejus culpæ reus, quod non intelligens naturam horum legatorum Justiniano auctor fuerit legati pœnæ nomine relicta confirmandi, & excipiendi tamen legata, quibus hæres ad turpe facinus impellatur, quum tamen hæc sola sint legata pœnæ nomine relicta. Ita aliquid concessit Justinianus, quod semper concessum fuit, prohibuit quod semper prohibitum, id est, actum egit. Si cui & id difficile creditu videatur, quia & Ulp. *tit.* 24. §. 17. legata pœnæ nomine relicta fere eodem modo definit, ac hic Justinianus; is cogitet velim, an non legata pœnæ nomine fuerint omnia, quæ ab hærede ejus vexandi caussa relinquebantur, quibusque sæpe adigebantur ad ridiculas conditiones. Et tale fors fuit testamentum illud Straberi apud Horat. *lib.* II. *serm. satyr.* 3. *vers.* 84.

Hæredes Straberi summam incidere sepulcro:
Ni sic fecissent, gladiatorum dare centum
Damnati populo paria, atque epulum arbitrio Arri, &
Frumentum, quantum metit Africa.

Justinianus ergo has tricas sustulit, jussitque rata esse hæc legata, dum ne quid turpe & bonis moribus adversum hæredi injungeretur. Conf. V. Cl. Nicol. Hieron. Gundl. *diss. de princ. hær. l.* 6. §. 22. HEIN.

Im-

Impossibilia, vel legibus interdicta) Impossibila, veluti si quis ita leget; *Hæres meus, nisi digito cælum tetigerit*, aut, *nisi mare ebiberit*, *Titio centum dato*. Legibus interdicta & probrosa, veluti si ita leget: *Nisi amicam uxorem duxerit*, dato; vel, *Si parenti alimenta præstiterit: Si patrem ab hostibus redemerit*, *dato*, *leg. conditione*, 9. *de condit. instit.*

Hujusmodi dispositiones valere secta meorum temporum non patitur) Merito hujusmodi dispositiones ne nunc quidem valere patitur: quippe pœnæ locus dari non debet, ubi nullum delictum, nulla fraus aut culpa est, *leg. aliud est fraus*, 131. *de verb. signif.* Quæ vero culpa aut fraus in eo qui non facit, quod vel natura impossibile est, vel legibus aut bonis moribus contrarium? Igitur hujusmodi legatum: *Hæres meus, nisi mare ebiberit, nisi matrem domo expulerit, centum Titio dato*, nullius momenti est, ut bene Glossa in *dict. leg. unic. Cod. de his, quæ pæn. nom.* notat, & diserte scriptum est in *dict. leg.*11. *Pand. eod.* Mirorque adeo judicium Bachovii in *Transl. vol.*2. *disp.*23. *thes.*6. & Sutholti, qui hoc a præceptore hausit, *diss.*11. *n.*59. contendentium, in proposito non vitiari legatum, sed vitiari illud ipsum, & pro non adjecto haberi, quod adjectum, impossibile aut legibus interdictum est, *arg.* §. *impossibilis*, 10. *sup. de hær. inst. l. ab omnibus*, 104. §.1. *de leg.*1. *l.*3. *de cond. & demonst. cum sim.* quibus locis traditur, conditionem impossibilem aut turpem legato adjectam legatum non vitiare: sed ipsam vitiari & pro non scripta esse: Quis enim non videt, quantum intersit, utrum simpliciter quis centum leget sub conditione impossibili aut turpi, puta hoc modo: *Titio, si digito cælum tetigerit, si uxorem suam prostituerit, centum do, lego*, ac centum leget pœnæ causa, eo hæredi injuncto, quod impossibile aut probrosum; veluti si ita dicat; *Hæres meus, nisi digito cælum tetigerit, nisi uxorem suam prostituerit, centum dare damnas esto*? Illic legatum non vitiatur, sed favore ultimæ voluntatis ejusmodi conditiones detrahuntur aut remittuntur, ne legatario, cui nihil imputari potest, fraudi sit, quod non pareat conditioni, cui per rerum naturam aut leges parere non potest. Hic legatum nullius momenti est, non quia legato adjecta impossibilis aut turpis conditio; sed quia relictum est puniendi hæredis causa, si ipse conditioni non pareat, idest, non faciat, quod natura aut jure facere non potest. Hic, inquam, tale legatum inutile esse placet, ne puniatur, qui pœnam non mereretur. Atque hæc esse mentem Justiniani ex hoc ipso loco satis intelligitur, cum legatis, quæ pœnæ nomine relinquuntur, confirmatis, excipit ex eo genere, quæ impossibilia aut turpia sunt. Vidit tandem hoc etiam D. Bachov. & verum esse confessus est in comm. ad hunc §.

TITULUS VIGESIMUS PRIMUS.

DE ADEMPTIONE LEGATORUM ET TRANSLATIONE.

Dig. Lib. 34. *Tit.* 4.

Continuatio. Quam variis modis ademptio legatorum fiat.

Dictum hactenus est de iis, quæ ad constitutionem legati pertinent: nunc, uti mos est Jurisconsultorum, exponitur, quomodo recte ab initio constituta infirmentur. Id fit, cum aliis modis, tum maxime ademptione aut translatione, de quibus etiam hic Justinianus solum agit. Est autem hæc facultas liberrima, ut quod testator semel alicui legavit, id ei adimere, aut in alium transferre possit, voluntasque defuncti ambulatoria est usque ad vitæ supremum exitum, *l.*4. *h.t.* Ademptione legati, vel ipso jure legatum extinguitur, vel ope exceptionis enervatur. Ipso jure legatum ademptum intelligitur, si testator declaravit contrariam voluntatem: idque vel verbis, sive directo contrariis, dum testatur se adimere quod dedit, sive aliis quibuscumque, ex quibus aperte intelligatur, pœnituisse eum prioris voluntatis; *arg. l. Divi*, 13. *eod.* vel rebus & factis: veluti si legatum consultum induxerit, *l. nihil interest*, 16. *eod.* aut rem legatam destruxerit, *l. si ita*, 67. §. *ult. de leg.* 1. *l. lan.* 88. §.1. *de leg.*3. aut in novam speciem transtulerit, quæ ad pristinam materiam reduci non possit, *d. l. lana*, 77. *in princ.* & §.1. vel nulla necessitate adductus alienaverit; de quo dictum *t. præc.* §. *si rem*, 12. vel denique si quis nomen debitoris sui alteri legatum exegerit, de quo sub §. *tam autem*, 21. *eod. t.* Ope exceptionis ademptio introducitur, si quid intervenerit, ex quo mutata voluntas testatoris colligi possit, cum neque verbis, neque facto aliquo palam declaraverit, se legatum adimere: veluti si graves inimicitiæ inter testatorem & legatarium intercesserint, nec reconciliatio sequuta sit, hic petenti legatario obstabit exceptio doli ex nuda eaque præsumpta contraria voluntate, *l.*3. §. *ult.* junct. *l. seq. h.t.* Proinde omnino assentior Bart. in *l. si ita*, 14. *de leg.*1. Ant. Mynsing. & Sch. *hic*, posse legatarium opposita exceptione doli summoveri, etiamsi imperfecto testamento legatum ademptum esse proponatur: quippe cum hæc exceptio obstet omnibus, qui voluntate testatoris destituuntur, *l.*4. §. *præterea*, 20. *de dol. mal. exc. l. militis*, 36. §.3. *de test. mil.* Præter hæc, quod hic non tangit Justinianus, legata etiam casu intercidunt, videlicet si testamentum, quo aliquid relictum est, rumpatur aut irritum fiat, *l. filio*, 17. *de inj. rupt. l.* 8. §. *pen. de inoff. test. l. si nemo*, 181. *de reg. jur. l.*1. *C. de post. hær. inst.* una tamen hic exceptio est ex jure novissimo; nisi testamentum rescissum sit ex causa præteritionis aut exhæredationis; quod [illegible] institutio irrita esse jubetur, cætera [illegible] manere, *auth. ex causa C. de lib. præt.* vid. *supr. t. de inoff. test.* Porro eadem libertate, qua legatum adimitur, etiam in alium transferri potest; de quo in §.1. seu parte hujus tit. altera.

TEXTUS.

De ademptione.

Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur, sive codicillis, firma est, Sed & sive contrariis verbis fiat ademptio, veluti si, quod ita quis legaverit, Do, lego, ita adimatur, Non do, non lego, sive non contrariis, sed aliis quibuscumque verbis.

NOTÆ.

Sive codicillis) Testamento confirmatis ipso jure, Ulp. tit. 24. §. 27. fac. *l.* 43. *de man. test. d. l.* 16. *de vulg. & pup.* non confirmatis tuitione Prætoris, opposita petenti doli mali exceptione, *l.* 4. §. 10. *de dol. mal. exc.*

Firma est) *leg.* 17. *Cod. de leg.* Quippe voluntas defuncti

ut & ambulatoria est usque ad vitæ supremum exitum, *leg. 4. h. tit.*

Aliis quibuscumque verbis) Ut in *l. 3. §. 8. l. eod.* vel si facto aliquo contra contrarium voluntatem declaravit, cujusmodi exempla habes, *leg. 16. eod. l. 65. §. de leg. 1. l. 88. eod. 3. §. 12. supr. tit. præc.* Ope etiam exceptionis ademptio introducitur ex nuda contrariæ voluntatis præsumptione, veluti si graves inimicitiæ inter testatorem & legatarium exortæ fuerint, nec reconciliatio secuta, *l. 3. §. ult. cum l. seq. h. tit.*

COMMENTARIUS.

SIve *eodem testamento)* Meminit tantum ejusdem testamenti, propterea quod si aliud testamentum factum fuerit, hoc ipso legata priore testamento relicta infirmantur, unaque cum testamento, in quo relicta sunt, citra ullam aliam revocationem corruunt. Et igitur, quod priore scriptura testamento datum est, id posteriore adimi potest, *l. Divi, 13. l. nihil prohibet, 17. hoc tit. l. si quis, 16. de vulg. & pup.* Atque adeo etiam statim & continenter, ut opinor, revocari: puta hoc modo: *Centum Titio do, lego; immo non do, non lego.* Neque obstat, quod traditur in *l. ubi, 187. de reg. jur.* ubi pugnantium in testamento jubetur neutrum valere, quod Græci reddiderunt τὰ ἐν διαθήκαις ἀλλήλοις ἀντιπίπτοντα ἄχρηστα: quoniam regula ista procedit in perplexis atque inter se collidentibus; cujusmodi speciem habemus in *leg. Titius, 6. de cond. inst.* non ubi prior scriptura per posteriorem corrigitur, commutatur, aut rescinditur, *dict. l. nihil prohibet, 17.* & ibi Gloss. & Bart. *h. tit.*

Sive codicillis) Intellige testamento confirmatis, ut bene Martin. & Placent. teste Accurs. *hic & in præf. Nov. 159. vers. manifestum.* Quippe cum codicillis testamento non confirmatis nihil directo dari potuerit, *l. libertates, 43. de man. test. §. præterea, 10. infr. de fid. hær.* consequens est, & arguit, *l. si quis, 16. de vulg. & pup.* nec quod testamento datum erat, codicillis non confirmatis potuisse adimi, ita quid certe, ut ademptio ipso jure valeret: nam quin petens legatarius per exceptionem doli hoc casu repelli potuerit, non est dubitandum, *l. 4. §. præterea, 10. de dol. mal. exc.* Errat igitur & Accurs. *dd. leg. & Bart. in leg. si ita, 14. de legat. 1.* quorum ille contendit, ne confirmatis quidem codicillis ipso jure legatum adimi, hic contra, ipso jure adimi codicillis etiam non confirmatis: quod tamen novo jure defendi poterit. Quoniam autem olim legata ab intestato dari non poterant, quæri non potuit, an ita data aliis codicillis potuerint adimi? sed huic quæstioni locus erat in fideicommissis. Hodie tamen etiam in legatis est, post eorum cum fideicommissis exæquationem: cumque dari legata codicillis, & ab intestato possint, consentaneum est posse etiam ipso jure similiter adimi: eoque jure utimur.

TEXTUS.

De Translatione.

1. *Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest; veluti si quis ita dixerit:* Hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do lego: *sive in eodem testamento, sive codicillis id fecerit; quo casu simul & Titio adimi videtur, & Sejo dari.*

COMMENTARIUS.

AB *alio ad alium)* Ex Cajo *leg. 5. hoc tit.* Potest vero & aliis modis translatio fieri. Paul. *l. 6. eod.* quatuor modos commemorat. *Aut enim,* inquit, *a persona in personam transfertur;* ad quem modum pertinet species hic proposita: *aut ab eo, qui dare jussus est, transfertur, ut alius det; aut cum res pro re datur, pro fundo decem aurei: aut quod pure datum est, transfertur sub conditione.* Adjiciatur & quintus, cum quod prius sub conditione datum est, deinde pure legatur, *l. non ad ea, 89. de cond. & dem.*

Hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do, lego) Videtur hæc formula similis esse formulæ conjunctionis, qua res fieri dicitur, cum disjunctim eadem res duobus legatur; qualis illa: *Titio hominem Stichum do, lego. Sejo eumdem do, lego:* quia nil Titio adimi, sed Sejus in eamdem rem cum Titio vocari intelligitur, *§. si eadem, 8. tit. præced.* nisi evidenter appareat, adimere testatorem voluisse, *leg. si pluribus, 33. de legat. 1.* Sed diversæ omnino sunt hæ formulæ; & cum quis ita dicit, *Quod Titio legavi, id Sejo do, lego;* ex ipsa conceptione perspicue apparet, Titium & Sejum non conjungi in eamdem rem, sed adimi Titio, quod ei legatum erat, & Sejo dari. Quam ob causam etiamsi persona legatarii non mutetur, sed verbi gratia ita testator scripserit, licet ex continenti: *Stichum, quem Titio legavi, hæres meus illi dato, si illud aut illud factum erit:* legatum sub conditione translatum videri responsum est, eo quod commemoratione prioris legati posterius scriptum sit, *leg. non ad ea, 89. de cond. & demonst.* Obstare tamen videtur, quod ex Juliano Ulp. & Paulus referunt in hac specie, *Ex qua parte Sejum institui, ex eadem parte Sempronius hæres esto:* Sejum & Sempronium conjunctum intelligi institutos, *leg. Julianus, 15. in princ. de hæred. inst. l. triplici, 142. in fin. de verb. sign.* Sunt qui in institutione hæredum sic jus esse arbitrantur, in legatis contra: quod ego falsum puto, & diversas esse formulas, *Stichum, quem Titio legavi, Sejo lego: & Stichum, quem Titio legavi, eumdem Sejo lego;* illa enim aperte adimitur Titio, quod Sejo datur; hac uterque in eamdem rem manifeste conjungitur, cum idem uterque legatur. VINN. Alioquin dari solet regula: *Ex repetitione nominis primi legatarii præsumi translationem; ex non repetita legatarii commemoratione conjunctionem:* exempli causa, Stichum, quem Titio legavi, Cajo do, lego. Titio Stichum do, lego, eumdem Cajo do, lego. Nec obstat exemplum ex *leg. 15. princ. ff. de hæred. inst.* Nam si Stichus pro eadem parte legatur Cajo & Sejo; res ipsa docet, hic non translationem esse, sed conjunctionem. Regula autem nostra indicat, quin in dubio sit præsumendum. Confer celeb. Pagen in *Adm. ad Pandect. part. 5. §. 148. p. 581.* HEIN.

TITULUS VIGESIMUS SECUNDUS.

DE LEGE FALCIDIA.

Dig. Lib. 36. Tit. 2. C. Lib. 6. Tit. 49. Nov. 1.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

IN disputatione de legatis omitti non debuit de lege Falcidia, qua novissime antiqua legandi licentia repressa & modus legatorum constitutus est. Indicatur hic primum occasio hujus legis ferendæ, inde summa Juris

lege

lege constituti proponitur. Tertio docetur, quo tempore visum sit spectari modum patrimonii in ponenda ratione legis. Postremo, quæ res ante rationem Falcidiæ deducantur, ostenditur, & quomodo porro in reliquo ratio legis ineatur.

T E X T U S.

Continuatio. Ratio & summa hujus legis.

Superest, ut de lege Falcidia dispiciamus, qua modus novissime legatis impositus est. Cum enim olim lege duodecim tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare: quippe cum ea lege ita cautum esset, Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto: *visum est hanc legandi licentiam coarctare: idque ipsorum testatorum gratia provisum est, ob id quod plerumque intestati moriebantur, recusantibus scriptis hæredibus pro nullo aut minimo lucro hæreditates adire. Et cum super hoc tam lex Furia, quam lex Voconia latæ sint, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur, novissime lata est lex Falcidia, qua cavetur, ne plus legare liceat, quam dodrantem totorum bonorum: id est, ut sive unus hæres institutus sit, sive plures, apud eum eosve pars quarta remaneat.*

N O T Æ.

Ipsorum testatorum gratia) Non singulorum; sed in genere & quasi in abstracto consideratorum. Nam singulorum potius hæredum gratia leges hæ latæ, *l.* 17. *h.t.*

Tam lex Furia, quam Voconia) Quarum illa cavebat, ne supra mille asses legare liceret. Ulp. in *fragm. pr.* Hæc, ne quis census plus cuiquam legaret, quam ad hæredem perveniret. Cicer. 1. *in Verr. c.* 43. Theop. *hic* add. Cujac.

Sive unus, sive plures) Hoc tamen sic temperandum est, ut procedat, si legata simpliciter ab omnibus relicta sunt; aliud, si unus gravetur nominatim, §. *seq.*

COMMENTARIUS.

1 *Occasio legis hujusmodi ferendæ.*
2 *Exponuntur verba legis duodecim Tabul,* uti quisque legassit suæ rei.
3 *Quo aspectu leges Furia, Voconia, Falcidia testatorum gratia latæ dicantur?*
4 *Latas esse hasce leges hæredum potissimum causa, non singulorum testatorum.*
5 *Quid a quo cautum lege Furia?*
6 *Quid a quo lege Voconia?*
7 *Quando & a quo lata lex Falcidia, & quid in ea cautum?*
8 *Ad quæ vel statim, vel sensim virtus legis producta?*

L*Ege duodecim tabularum libera erat legandi potestas)* Causa seu potius occasio rogandæ hujus legis. Lege duodecim tabularum licebat testatoribus universum patrimonium suum in legata consumere, nihil ut hæredi relinqueretur præter onus, & molestiam æris alieni. Sic enim ea lege simpliciter cautum erat, uti quisque legavisset, ita uti jus esset, *l. verbis,* 120. *de verb. signif.* Hac licentia cum testatores usi essent, eveniebat plerumque, ut suprema eorum judicia destituerentur, recusantibus scriptis hæredibus nullo suo, aut quam minimo lucro hæreditatem adire, atque aliena duntaxat gratia maximis sæpe oneribus minimeque necessariis se implicare. Quod cum & ipsis testatoribus inutile esset, & publice interesse existimaretur supremas hominum voluntates conservari, *l.* 5. *test. quem aper.* visum est ex usu esse reip. hæredes justo aliquo lucro ad eandam hæreditatem invitari, quo suprema morientium judicia retinerentur. Id quod ita commode fieri posse creditum est: si libertas illa legandi intra certum modum ac finem cohiberetur, ut cum non totum patrimonium legatis exhaustum foret, esset aliquid videlicet, quod hæredes ex testamento caperent. Quæ res cum primum lege Furia, deinde Voconia tentata esset, tandem lege Falcidia perfecta est.

Uti quisque legassit suæ rei) Ita quoque verba legis duodecim tabularum referuntur in *l. verb.* 120. *de verb. signif. Legassit suæ rei* dictum pro *super pecunia & re sua*; quomodo auctor *ad Heren. lib.* 1. & Ulp. *in fragm. t.* 11. §. *testamento,* 13. legis verba referunt, quasi dictum esset, pro commodo & utilitate rei suæ; ut si dativus acquisitive positus, ut loquuntur Grammatici. Illud enim minime convenit, ut hæc verba *rei suæ,* non ad verbum *legassit,* sed ad illa, *jus esto,* referantur, atque ita legemus, *Uti legassit, ita ut rei suæ jus esto:* quod voluit Alciat. *ad dict. leg. verbi,* 120. & Baro *hic.* Primum quia verba illa, *ita jus esto,* absolute ponuntur. Deinde, quia etsi transitum in rem aliam haberent, tamen nemo ita loqueretur, *ita jus esto illius rei,* sed *de illa re.* Denique non dicimus, si quis quid legaverit, *ita jus esto de re sua,* sed *de re ejus,* utentes pronomine demonstrativo, non reciproco: quia legans de se prius locutus non est. VINN. Legem hanc decemviralem, jam alio loco exposuimus uberius. Conf. & *Ant. nostr. Rom. l.* 11. *tit.* 15. §. 2. *nota p.* 456. *edit. nov.* HEIN.

Ipsorum testatorum gratia) Ait, leges Furiam, Voconiam, Falcidiam ipsorum testatorum gratia latas, ne scilicet, ut subjicit, voluntas eorum destituto testamento periret. Forte etiam hæc ratio fuit, quod qui substantiam omnem legatis erogant, credibile sit, errore ductos id facere, existimantes, plus se in bonis habere, quam habent, *arg. l. in fraudem,* 15. *qui & a quib. manu.* Quamquam autem etiam retenta plena legandi licentia, & secundum eam exhausto legatis patrimonio, legatarii adhuc facere possunt, ut voluntas servetur; quippe qui ne deserto testamento nihil consequantur, potius cum hærede paciscentur, partemque remittent, §. 2. *infr. in fin. eod.* tamen facilius hæredem inductum iri, ut hæreditatem adeat, legumlatores putaverunt, si jure suo & beneficio legis partem aliquam haberent, quam si beneficio legatariorum. Licet autem hinc intelligere, leges hasce rogatas non esse singulorum testatorum gratia, sed tantum in genere & quasi in abstracto testatores a latoribus consideratos, tamquam omnes ita affecti sint, ut malint partem legatariis detrahi, quam voluntatem suam in totum perire. Etenim singulorum testatorum favore si hæ leges introductæ essent, licuisset singulis, & verbi causa, Titio testatori huic suo favori renuntiare, & testamento cavere, ne hæres aliqua harum legum uteretur: quod non licuisse certum est, sed contra etiam invito testatore, contra sententiam ejus, eoque prohibente, vim suam illa exercuisse, ut de lege Falcidia expresse traditum est, *lex quod bonis,* 15. §. 1. & *ult. lex Titia,* 86. *in fin. hoc tit.* convenienter capiti secundo ejusdem legis, quo nemi-

minus plus legare permittitur, quam dodrantem bonorum, *l. 1. in princ. vers. secundo eodem*. Hujus rei etiam fortissimum argumentum est, quod placet, in testamento militis legi Falcidiæ locum non esse, *leg. 7. C. eod. l.11. Cod. de test. mihi*. Nam si ex voluntate testatoris induceretur, vel magis valere deberet in testamento militis, utpote cujus voluntati multo plus, quam cæterorum tribuitur. Illud enim plane a ratione juris nostri alienum est, quod cum Portio Mynsingerus tentat, ideo in testamento militis cessare Falcidia, quod hoc ipso quod cautum est nec legi Falcidiæ locus esset in testamento militis, cautum quoque intelligatur, ut hæres a milite institutus, velit, nolit, hæreditatem adeat, compellente eum, si nolit, magistratu: & adhuc magis, quod illi magis placet, dum existimat cum Corasio, eo, quem miles hæredem instituit, repudiante, proximos, qui ab intestato veniunt, legati præstationi obstringi? Et quid si illi quoque repudient? Denique ex eo quoque perspicue apparet, Falcidiam non induci ex voluntate singulorum testantium, quod laudatur hæres, qui solida legata præstat quasi pleniore officio fidei fungens, & apud quem plus valeat defuncti voluntas, quam beneficium legis *leg.1. & leg. ult.6. eod. hoc tit. leg.5. §. si quis, 15. de donat. inter virum & uxorem*. Porro ex his simul intelligimus, latas esse superiores leges in hæredum potissimum gratiam & nominatim Falcidiam, de qua sola nunc quæritur: quod etiam diserte traditum est in *leg. potest. 71. hoc tit.* ac proinde toto cœlo errant, qui afferunt, hasce leges principaliter & potissimum, introductas esse testatoris causa, secundum autem testatorem causa hæredis, quo in numero etiam Divus Hotomannus est.

Lex Furia) Primus C. Furius Tribunus plebis liberam illam legandi potestatem coangustavit, lege perlata, ne qui supra mille asses legare liceret, constituta quadrupli pœna adversus eum, qui plus cepisset, *Ulp. tit.1.* Theoph. *hic* qui tamen non asses, sed νομίσματα habet, id est, aureos seu solidos. Et forte hæc eadem lex est, quam intelligit M. Tull. *pro Corn. Bald. c. 8. Tulit*, inquit, *apud majores nostros legem C. Furius de testamentis*, sed tamen non ausim hoc certo affirmare, quia quid ea lege, quam memorat, cautum fuerit, non exprimit: atque ex solo Ulpiano & Theophilo discere possumus, quid lege Furia testamentaria, cujus hic meminit Justinianus, cautum, tentatumque sit coercendæ licentiæ legandi gratia, videlicet, ne legare liceret ultra mille asses. Qua quidem re etsi modus aliquis legatis imponitur, finis tamen non fit legandi; & cum de singulis duntaxat legatariis lex caveret, facile evenire poterat, ut uno atque altero, itemque tertio legato, hæreditas, præsertim non opulenta, tota absumeretur, atque hoc modo res ad vetus incommodum recideret.

Lex Voconia) Cum usu omnium rerum magistro compertum esset, lege Furia superius incommodum nequaquam esse sublatum, Q. Voconius tribunus plebis aliud remedium adhibendum esse existimavit. Igitur abrogata lege Furia, ipse aliam tulit, ne quis census plus cuiquam legaret, quam ad hæredem hæredesve pervenerit, ut ex Verrina de prætura urbana intelligitur; ubi duo hujus legis capita memorantur, quorum altero coercitæ mulierum hæreditates, altero cautum (quod etiam Theophilus scribit) ne plus haberet legatarius, quam hæres. Verum ne hac quidem lege finis legandi factus, cum & ipsa de singulis tantum caveret legatariis. Quid enim numerus legatariorum tantus sit, ut in singulos singulis sextulis erogaris, una quoque tantum sextula & forte unus aureus hæredi relinquatur? Quis spe tantuli lucelli hæreditatem alicujus cernat? Sed & lex illa de eo tantum cavebat, qui census esset: ei vero, qui census non esset, licebat per eamdem legem plus legare, quam ad hæredem perventurum erat, ut ex eodem loco Ciceronis intelligi potest.

Lex Falcidia) Quæ & ipsa plebiscitum est. Lata est a Pub. Falcidio tribuno plebis, temporibus Augusti, Cn. Domitio Calvino & C. Asinio Pollione Coss. anno ab urbe condita DCCXLV. teste Dione *lib.48. pag.436.* Hac demum lege certis terminis circumscripta est legandi licentia, dum non de singulis legatariis, sed de cunctis cavet, ne ultra dodrantem in legata consumatur, *leg.1. h.t.* Quare, ut maxime legetur multis, semper tamen quadrans totorum bonorum post hanc legem latam hæredis lucro cedat necesse est. Superiores igitur leges, etsi modum legatis imponebant, nullum tamen faciebant legandi finem: hæc & modum & finem fecit: quam ob causam & ipsa sola superioribus antiquatis recepta, atque in hoc usque tempus retenta est.

Ne plus legare) Lex Falcidia nominatim de legatis locuta videtur. Cæterum & ad alia producta est, & statim quidem, ut opinor, interpretatione prudentum ex legis sententia ad fideicommissa singularum rerum. Neque enim persuadere mihi possum, id primum factum Senatusconsulto Pegasiano centum demum annis post legem latam; quamvis fere omnes sic sentire videam, motos §. *sed quia* §. *seqq. tit. vers. ex singulis*. Nam cum utrique hoc lex velit, & caveat, ne minus, quam quarta pars bonorum hæredibus relinquatur; ut proinde directo ea pars nec auferri, nec minui a testatore potuerit, *l. quod bonis*, 15. §.1. & *ult.h.t.* quis credat, oblique id fieri potuisse, licitumque fuisse tam longo tempore legis sententiam circumvenire, patrimonium fideicommissis onerando aut exhauriendo? Neque in *dict. vers. ex singulis*, expresse dicitur, retentionem quartæ partis ex singulis rebus per fideicommissum relictis permissam esse Senatusconsulto Pegasiano, sed simpliciter, permissam esse, non addito, quo jure permissa sit. Quamquam etiam alia istius loci interpretatio est. Quin etsi Tribonianus expresse hoc affirmaret, mihi tamen id suspectum foret. Sane in libris nostris promiscue; quantum ad hanc rem attinet, de legatis & fideicommissis singularibus tractatur, *l.5. l. si tacitam*, 13. *l. quod bonis*, 15. *l. filius*, 18. & *passim h.t. l.2. & l.3. C.eod.* Porro lex Falcidia producta etiam est ad donationes mortis causa, idque constitutione *l. 5. Cod. eod. l.2. C. de don. mort. caus.* Quod si quis dicat, etiam per mortis causa donationes fraudem legi fieri potuisse, is cogitet, ante hanc constitutionem eamdem rationem harum donationum & inter vivos fuisse: quippe sic donata placebat antea in computationem Falcidiæ non venire; propterea quod vivo testatore exibant ex bonis ejus: siquidem etiam quod mortis causa donabatur ἐπὶ τῷ παραυτίκα statim transferebatur in donatarium. Cæterum quoniam revocare hujusmodi donationem licebat, nec ante plena, ac perfecta censebatur, quam mors insecuta fuisset, *l.non vid. 32. de mort. caus. don.* ob hanc causam Severo visum est, id etiam quod ita donatum est, hactenus in patrimonio computari, ut de eo quarta Falcidiæ nomine detrahi posset. At fideicommissa omnimodo in bonis relinquuntur, ut demum post mortem ab hærede præstentur. Exemplo donationum mortis causa admissa etiam est Falcidia in donationibus inter virum & uxorem, quæ morte con-

confirmantur, *l. in donationibus*, 12. *C.h.t.* propter fideicommissa quoque introducta est in intestatorum successionibus. Quod a D. Pio factum scribit Paulus in *l. filiu.fam.* 18. *hoc tit.* Denique vis legis Senatusconsulto Pegasiano tracta est etiam ad fideicommissarias hæreditatis, de quo seorsum *tit. seq.* VINN. Id addo, ex Pauli *Rec. Sent. Lib.* III. *tit.* 8. §. 1. constare, jam ista ætate legem Falcidiam etiam ad fideicommissa porrectam fuisse. Ait enim: *Exhausta legatis aut fideicommissis aut mortis causa donationibus hæreditate, auxilio Falcidiæ institutus hæres quadrantem retinere potest.* Quamque idem Paulus *l.* 8. *ff. hoc tit.* referat, jam sub D. Pio hanc legem prolatam esse ad fideicommissa ab intestato; verosimillimum sane est clam ante eadem valuisse in fideicommissis testamento relictis. An autem jam ante SC. Pegasianum, non magis liquet, quam illam interpretationem hoc SCto fuisse invectam. HEIN.

Sive unus, sive plures) Interest vero, utrum legata simpliciter ab omnibus hæredibus relicta sint, an ex pluribus hæredibus ex certis institutis alioqui nominatim gravatis: Illo enim casu sufficit, ut solida legata præstentur, dodrantem hæreditatis ea non excedere: hoc casu non item; quia suæ quisque partis, ex qua institutus est, quadrantem habere debet. De quo §. *seq.*

Pars quarta remaneat) Nec solum hæres, si possideat, quartam partem retinere potest, aut errore facti non retenta repetere, *l.* 1. §. *si legatarius*, 11. *h.t.* *l.* 9. *Cod. eod.* sed etiam si non possidet, portionem suam a quovis possessore vindicare, *l. lineam*, 26. *eod.* Putat D. Cujacius a Justiniano id primum constitutum esse, *leg. pen. Cod. eod.* verum hoc vel ex eo refellitur, quod placet, legata pro rata portione ipso jure per legem Falcidiam minui, *l. in quantitate*, 73. §. *ult. eod.* Anton. Fab. *lib.* 5. *conject.* 1. & *lib.* 6. *cap.* 2.

T E X T U S.

De pluribus hæredibus.

1. *Et cum quæsitum esset, duobus hæredibus institutis, (veluti Titio & Sejo) si Titii pars aut tota exhausta sit legatis, quæ nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata: a Sejo vero aut nulla relicta sint legata, aut quæ partem ejus dumtaxat in partem diminuat; an quia is quartam partem totius hæreditatis, aut amplius habet. Titio nihil ex legatis, quæ ab eo relicta sunt, retinere licet, ut quartam partem suæ partis salvam habeat, placuit posse retinere. Et enim in singulis hæredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.*

N O T Æ.

1. *Exhausta, aut supra modum onerata*) Per legem Falcidiam delibari hæreditas potest, onerari aut exhauriri non potest. Cujac.

Placuit posse retinere) Ratio dubitandi, quod videri legi satisfactum, cum quarta pars apud alterum manet illibata.

In singulis hæredibus) Ratio decidendi ex *l.* 77. *eod.* Nam cum lex omnibus & singulis hæredibus consultum velit, apparet legi non satisfieri, nisi singulis quoque hæredibus suæ cujusque partis quarta intacta servetur.

COMMENTARIUS.

1. *Cur dubitatum, an in specie hic proposita Falcidiæ locus esset? & cur esse placuerit?*
2. *Quando in portionibus defectis ratio legis habeatur?*

Lege Falcidia potestas facta est patrifamilias, tantam pecuniam testamento dandi legandi, quantam volet; dum ita detur legetur, ut ne minus, quam quartam partem hæreditatis hæredes capiant. In uno hærede instituto res expedita est: nam si is, solutis legatis, quartam totius hæreditatis integram habet, legi satisfactum est: eaque portione contentus esse debet, sive semel ex toto asse institutus sit, sive ex pluribus partibus, ex una pure, ex altera sub conditione, ex una legatis onerata, ex altera illibata, *l.* 1. §. *id quod*, 13. *l. in ratione*, 11. §. *pen. h. t.* cujus rei ratio peti potest ex *l. cum hæres*, 52. §. 1. *de acq. hær.* Manifesta quoque est legis sententia, ubi plures quidem hæredes, sed sine partibus omnibus instituti sunt, aut legata simpliciter ab omnibus relicta. Sed quæsitum est, duobus aut pluribus hæredibus ex certis partibus institutis, si unius dumtaxat portio nominatim onerata sit aut exhausta, an legi satisfactum videri debeat, si apud cohæredes pars quarta hæreditatis maneat intacta? Placuit autem satisfactum non videri idque hac ratione, quod lex non denuo aliquo hærede caveat, sed ex æquo omnibus consultum velit, *l. in singulis*, 77. *eod.* & *hoc text. in finem.*

Duobus hæredibus institutis) Testator cum non amplius, quam centum in bonis haberet, duos hæredes, puta Titium & Sejum, utrumque ex semisse hæredes instituit. A Titio quadraginta aut quinquaginta legavit: a Sejo vero nihil, aut minus vigintiquinque, ita ut apud Sejum quarta totius hæreditatis pars, vel etiam amplius, atque adeo semis integer maneat. (1) Quæritur, an mortuo testatore Titius integra quadraginta aut quinquaginta, quæ ab eo nominatim relicta sunt, legatariis solvere teneatur, an nihilominus quartam partem suæ partis possit retinere? Videri poterat, legi Falcidiæ satisfactum esse, cum quarta pars apud alterum maneat illibata: utique satis esse ad intentionem legis, hoc est, ad sustinendum testamentum, si vel unus suo quadrante contentus hæreditatem adierit. Placuit tamen in proposito Titium quartam partem ejus partis ex qua institutus est, retinere posse. Quippe legem non simpliciter cavere, ut quarta pars hæreditatis salva maneat, sed nominatim ut hæredes quartam partem ex testamento capiant. Quibus verbis, cum non uni alicui hæredi tantum, sed omnibus & singulis consultum velle intelligatur, apparet legi non satisfieri, nisi singulis quoque hæredibus suæ cujusque partis quarta pars intacta servetur. Et hoc est, quod dicitur, in singulis hæredibus rationem legis Falcidiæ ponendam esse, *l. in singulis*, 76. *hoc tit.*

(2) *In singulis hæredibus ratio legis ponenda*) Hoc tamen ita est, si omnes, qui instituti sunt, hæredes exstiterint: nam si quidam defecerint, in portionibus defectis non semper separatim ratio legis Falcidiæ habetur; sed aliquando hæc confunduntur cum portionibus aliorum, qui hæredes exstiterunt. In quo hæc distinctio probata est, ut si, verbi causa, ex duobus hæredibus institutis alter deficiat, a quo aut nihil, aut parum relictum erat, atque ita hujus portio vel substitutionis vel accretionis jure ad cohæredem, cujus portio onerata est, pervenerit, placeat legatarios per deficientem portionem

adjuvari, videlicet ut integra legata præstentur, quæ non præstarentur, si is, qui defecit, hæres extitisset. Quod si pars, quæ accessit, exhausta sit aut onerata; ejus vero, qui accessit, integra aut tantum delibata, tum perinde in deficientis portione ratio Falcidia ponatur, ac si ad eum, qui suam portionem omisit, pervenisset. Extat hæc distinctio in *l. quod si alterutro*, 78. *h. t.* eademque a contrario sensu colligi potest ex *l.* 14. *C. ad SC. Treb. in fin.* quamquam variasse Jurisconsultos apparet ex *l.* 2. §. *si cohæredis*, 14. *h. t.* de cujus §. lectione vide Cujac. 4. *observ.* 35. Et hanc rationem habere videtur, quod is, cujus portio onerata est, uti ex sua persona legata præstet, ita & ex sua persona tantum Falcidia utitur; qui vero suam portionem integram habet, legata præstet ex persona deficientis, cujus proinde jure eum uti æquum sit, *arg. l.* 10. *l. qui in jur.* 177. *de reg. jur.* Indicatur hæc ratio non obscure in *leg. qui fundum*, 87. §. *qui filium*, 4. *l.* 1. §. *id quod*, 13. *h. t.* Cæterum in parte onerata, quæ defecta est, sententia superior sic accipienda ac temperanda, si cohæres deficiente testatore supervixerit, ut dici possit moriente testatore fuisse institutus. Nam si vivo testatore decesserit, quia isto modo fit, ut alter solus tempore mortis testatoris reperiatur institutus, ex sua parte pure, ex defecta, quasi sub conditione, quæ jam extitit, solida legata præstanda erunt, satisque tunc est, ut legi satisfiat, hunc alterum totius assis quadrantem consequi, auctore Juliano in *d. l. qui fundum*, 87. §. 4. nam ut legata in ea specie repetita esse dicamus cum Cujac. 4. *obs.* 35. ratio decidendi, quia Jurisconsultus utitur, non sinit: qui etiam diserte sententiam suam sic restringit, ut dicat, eam tunc procedere, cum cohæres vivo testatore decessit. Quod etiam Paulus non obscure significat in *d. l.* 1. §. *quod*, 13. sic enim ait, legata per oneratam deficientis portionem non augeri, si is omiserit hæreditatem, add. Donell. 8. *comm.* 23. Cujac 4. *observ.* 36. & 15. *obs.* 14. & 25. *obs.* 23. Ant. Faber. 4. *conj.* 13. & 18. *conj.* 14. & *seqq.* mire variant, nec sibi constat. Et vero universæ superiori distinctioni locus in legatis uno eodemque testamento relictis; ad ea legata, quæ pater primis tabulis ab impubere, secundis a substituto reliquit, non pertinet; siquidem vetus est juris regula, *In tabulis patris & filii unam Falcidiam servari*, *l. in ratione*, 11. *quod vulgo*, 5. *pen. l. in duplicibus*, 79. *d. l. qui fundum*, 87. §. *ult. hoc tit.* quasi legata secundis tabulis relicta primis sub conditione data videantur.

TEXTUS.

Quo tempore spectatur quantitas patrimonii, ad quam ratio Legis Falcidiæ redigitur?

2. *Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque verbi gratia si is, qui centum aureorum patrimonium in bonis habeat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hæreditatem per servos hæreditarios, aut ex partu ancillarum hæreditariarum, aut ex fœtu pecorum, tantum accesserit hæreditati, ut centum aureis legatorum nomine erogatis, hæres quartam partem hæreditatis habiturus sit: sed necesse est, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso, si septuaginta quinque legaverit, & ante aditam hæreditatem in tantum decreverint bona (incendiis forte, aut naufragiis, aut morte servorum) ut non amplius quam septuaginta quinque aureorum substantia, vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur. Nec ea res damnosa est hæredi, cui liberum est non adire hæreditatem: quæ res efficit, ut sit necesse legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum hærede in portione pacisci.*

NOTÆ.

2. *Solida legata debentur*) Nempe si damnum circa rem aliam, quam quæ legata est, inciderit. Nam damnum circa rem ipsam seu speciem legatam contingens legatarium sequitur, hæresque interitu rei legatæ liberatur, §. 17. *supr. de legat.* ex jure scilicet communi omnium debitorum certæ rei, *leg.* 23. *de verb. oblig.* add. *l.* 30. *hoc tit.*

Cui liberum est non adire hæreditatem) Neque enim legatarii aut fideicommissarii particulares hæredem cogere possunt, ut hæreditatem adeat, quod solis permissum fideicommissariis universalibus, propterea quod in hos etiam onera ex SC. transferuntur, *l.* 14. §. 5. & *seq. ad SC. Trebell.*

Ne nihil consequantur) *dict. l.* 73. *in fin. pr. h. t.* Nam destituto testamento, id est, hæreditate ex testamento non adita, legata extinguuntur, *leg.* 14. *C. de fideicomm.*

COMMENTARIUS.

1. *Exceptio regulæ hic propositæ.*
2. *Ejusdem regulæ declaratio.*
3. *Hæredem a legatariis cogi non posse, ut adeat.*

IN quantitate patrimonii exquirenda circa deductionem Falcidiæ visum est mortis tempus spectari, exinde neque cessione legata augeri, neque decessione minui; sed incrementum omne & damnum, quod jacente hæreditate contingit, hæredem sequi, *l. in quantitate*, 73. *l. quod bonis*, 15. §. 3. *in fin. leg. cum quo*, 16. *princ. hoc tit.* Cujus rei ratio est, primum quoniam hæres quartam partem ex bonis hæreditariis habere debet: at ea proprie sunt, quæ tempore mortis cujusque inveniuntur. Deinde, quia legatorum dies ex tempore mortis testatoris cedit, hoc est, legata ex eo tempore deberi incipiunt, *l.* 1. §. 3. *Cod. de cad. toll.* Adde quod per legem Falcidiam legata ipso jure minuuntur, *dict. l. in quantitate*, 73. §. *ult.*

Nihil legatariis prodest, si ante aditam hæreditatem, &c.) Postquam placuit, a morte testatoris legata deberi pro eo modo patrimonii, qui tunc fuit, accessio ante aditam hæreditatem contingens legatariis prodesse non debet, *d. l. quantitate*, 73. *l. in ratione*, 30. *hoc tit.* (1) Excipiendum tamen hic est, si quid accesserit ratione facti præcedentis aut obligationis a defuncto contractæ; veluti si debitoris, qui solvendo non erat, facultates post mortem creditoris ampliatæ fuerint, aut conditio crediti tunc extiterit: nam istis modis placet, ex postfacto uberiorem videri fuisse hæreditatem commodo legatariorum, *l. cum quo*, 56. §. 1. *eod.* eamdemque rationem habet, quod responsum est, si pater, cum quo ex contractu filii de peculio agi poterat, a creditore filii hæres institutus sit, & legis Falcidiæ ratio ponatur, peculii quantitatem non quo mortis, sed quo aditæ hæreditatis tempore fuit, in quadrantem patri imputari, *d. l. cum quo*, 56. §. 1. *l. si creditor*, 83. *eod.* quamvis peculio post mortem creditoris deminuto, juxta regulam spectetur tempus mortis, neque legatariis id

id noceat: quasi nihil intersit, peculium post mortem creditoris deminutum sit, an debitor pauperior factus, *d. l. cum quo, 56. in princ. princ. l. eo tempore 50. §. 1. de pecul.* (1) Quamobrem quod vulgo dici solet, *eamdem rationem esse damni & commodi*, id intelligamus locum habere in iis, qui primum emergunt: & accedunt post mortem, veluti si quid accesserit hæreditati ex fructibus, ex partu ancillarum, aut per servos hæreditarios quæsitum: *hoc text. & d. l. in quantitate, 73. d. l. in ratione, 30. h. t.* non in his, quibus causam dedit præcedens factum testatoris. Quinimmo hæc, si subtilius res examinetur, non post mortem demum accedunt, sed omnino ad tempus mortis sunt referenda: quoniam ratione principii & fundamenti jam tum in bonis fuerunt: quemadmodum & servi, qui apud hostes sunt, post mortem testatoris reversi, quod ad Falcidiam pertinet, locupletiorem faciunt hæreditatem, *l. servi. 43. eod.* ita ferme & Bachov. *hic*.

In tantum decreverint) *d. l. in ratione 30. d. l. in quantitate, 73.* Sunt vero hæc sic accipienda, si damna circa res alias, quam quæ legatæ sunt, inciderint: nam si res ipsa legata perierit sine culpa hæredis, id non hæredi, sed legatariis nocet secundum tenorem perpetui juris, quo traditum est, omnes debitores, qui speciem aliquam, id est, rem certam debent, liberari, si ea res ante moram sine facto eorum perierit, *l. si ex legati, 23. de verb. oblig. l. 5. de reb. cred.* Sciamus igitur, tunc periculo hæredis esse res hæreditarias, cum res incerta legata est, veluti homo in genere, aut quantitas, puta centum aurei, decem modii frumenti. Hic enim etsi res omnes hæreditariæ perierint, dici tamen numquam potest, rem, quæ legata est, periisse, *l. 11. Cod. si cert. pet.* eleganter Mæcian. *in d. l. in ratione, 30. §. 2. & aliquos seqq.* Vid sup. *§. si res 16. de legat. 1.*

Cum hærede in portione pacisci) In fideicommissariis hæreditatibus provisum est Senatusconsulto Pegasiano, ut si scriptus hæres nolit adire hæreditatem, jussu Prætoris adeat, & restituat. (3) Hoc vero beneficium neque legatariis, neque his quibus singulæ res per fideicommissum relictæ sunt, tributum est: *l. si quis 17. si quis om. ca. test. l. nam quod 14. §. non omnis 5. & 2. seqq. ad SC. Treb.* Quo loco Hermogenianus etiam differentiæ rationem reddit, nimirum nullam habere iniquitatem, quod fideicommissi hæreditatis servandi causa hæres adire cogatur, postquam Senatusconsulto Trebelliano cautum est, ut omnia onera hæreditatis transferantur in eum, cui ex fideicommisso hæreditas restituta est, *l. 4. eod. tit.* legati vero aut fideicommissi particularis causa hæredem compelli adire hæreditatem, æquum non esse; propterea quod in hoc onera hæreditaria transferri non possunt, neque admittendum est, ut quis alieni dumtaxat emolumenti causa se æri alieno & litibus, vexationibus, aliisque molestiis implicare cogatur. Proinde hoc solum relinquitur, ut legatarii cum hærede in portionem paciscantur: quod illi facile facturi, & potius aliquid remissuri, quam ut patiantur testamenta destitui, totumque, quod legatum est, sibi perire, *d. l. in quantitate 73. in fin. princ.*

TEXTUS.

Quæ detrahuntur ante Falcidiam?

3. *Cum autem ratio legis Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs alienum, item funeris impensa, & pretia servorum manumissorum: tunc demum in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud hæredem remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus, quadringentos aureos legatos esse, & patrimonii quantitatem ex qua legata erogari oportet, quadringentorum esse, quarta pars singulis legatariis debet detrahi. Quod si trecentos quinquaginta legatos fingamus, octava debet detrahi. Quod si quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Ante enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud hæredem remanere oportet.*

NOTÆ.

3. *Deducitur æs alienum*) *l. 6. Cod. eod.* id est, omne, cujus præstandi necessitate defunctus obstrictus fuit, *l. 54. ff. eod.* Nam Falcidia detrahitur ex bonis: bona autem non intelliguntur, nisi quæ deducto ære alieno supersunt, *l. 39. §. 1. de verb. signific.*

Si fingamus quadringentos) *l. 37. §. ult. hoc tit.* Legata ad contributionem dodrantis pro rata suæ cujusque quantitatis revocantur, *l. 2. l. 6. §. 2. Cod. eod.* Nota, Falcidiæ locum non esse in testamento militis, *l. 7. C. eod.* ex novo jure, nec in legato in pios usus relicto, *Nov. 131. cap. 12. auth. similiter Cod. eod.* nec in ea re, quæ ita relicta, ne alienetur, *auth. sed & ea Cod. eod.* nec cum hæres inventarium facere neglexit, *l. ultim. §. pen. Cod. de jur. del.* nec eum testator expresse prohibuit hæredem beneficio legis uti, *Nov. 1. cap. 2. auth. sed cum testator, Cod. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1. *In bonis defuncti quæ numerentur, cum de lege Falcidia quæstio est?*
2. *An hæres, quod sibi a defuncto debetur, deducat: & quid si rogatur, ne id legatariis imputet?*
3. *Quibus casibus lex Falcidia cesset?*

(1) Antequam summa constituatur, unde quarta Falcidia deducenda sit, necesse est exquiratur, quid in patrimonio defuncti sit habendum, ex eo enim quartam hæres habere debet. Patrimonium cujusque dici scimus, cujusque facultates aut substantiam, sive quod quisque in bonis habet, *nonam quod 14. §. ult. l. cogi 16. ad SC. Treb.* Bona cujusque intelliguntur, quæ deducto ære alieno supersunt, *l. subsignatum 39. §. 1. de verb. signif.* Nimirum ergo in bonis seu patrimonio defuncti sciamus non numerari omnia, quæ cum moreretur habuit, sed id solum, quod hæreditariis oneribus deductis superest. Cujusmodi onera sunt æs alienum hæreditarium, funeris impensæ, & pretia servorum manumissorum: quæ omnia idcirco in ponenda ratione legis Falcidiæ deduci placuit, uti hoc loco docetur. Cætera, quæ appellatione bonorum continentur, in patrimonii quantitate esse intelliguntur, si modo ejus naturæ sint, ut & ad hæredes certo mansuræ transeant, (nam contra est, si vel non transeant, ut actio injuriarum, ususfructus, *l. 38. h. t.* vel ita transeant, ut non sint mansuræ: exempl. *in l. 11. §. 1. & 2. l. si statu liber. 38. eod.*) & ex iis hæres aliquid commodi percipere poterit. Non enim computatur nomen inane, quod tantum ex eventu hæreditatem auget, *l. Nesennius 22. §. penult. l. cum quo 56. §. 1. eod.* neque debitum naturale nondum solutum, *l. 1. §. id quod 17. eod.*

Æs alienum) Primum in hanc deductionem venit æs alienum, id est, id omne, cujus præstandi necessitate defunctus obstrictus fuit, *l. ater 54. h. t.* Sed & æris alieni loco habetur, si quid est, cujus præstandi causa mortuo testatore ante aditam hæreditatem nata est, tamquam contractum ab hæreditate, *l. æris 39. eod.* (2) Illud quæsitum circa hanc deductionem, an etiam hæres quod sibi a defuncto debetur, detrahere possit. Subtilitas rationis facere videtur, ne possit: quippe cum aditione hæreditatis confundatur obligatio, atque ita fiat, ut quod prius ei debebatur, deberi desinat, *l. sicut 75. l. Stichum 95. §. 2. de solut.* Sed nihilominus placuit deduci posse, *l. 6. C. h. t.* idque ob hanc procul dubio causam, quoniam in ratione legis Falcidiæ, cum de æstimatione patrimonii agitur, mortis tempus spectatur, quo tempore nondum est nulla actionum confusio. Hodie hoc amplius a Justiniano tributum hæredi, qui inventarium confecit, ut nec adita hæreditate actiones ejus confundantur, sed ut similem cum creditoribus extraneis fortunam habeat, *l. ult. §. in computatione 9. C. de jur. delib.* Quid si hæres rogatus sit, nec creditum legatariis imputet? Ratione doli mali exceptionis apud arbitrium Falcidiæ voluntas defuncti servabitur, *l. si debitor 12. h. tit.* sic ut debito fini quadrantis compensato, superfluum æris alieni tantum dodrante detrahatur, *l. quod bonis 15. §. cum fideicommissum 4. eod.* Exemplum esto. Quadringenta sunt in bonis: hæredis debita ducenta; legata trecenta. Hæc compensavit cum quadrante centum: reliqua centum de dodrante detrahet. Hodie de hoc supervacue quæritur, quoniam Falcidiæ detractio nominatim vetari potest. *Nov. 1. cap. 2.*

Impensa funeris) Ea est, quæ fit causa funeris, hoc est, ut funus ducatur, mortuus efferatur & sepeliatur, & sine qua neque funus duci, neque mortuus sepeliri honeste potuisset. Quare etiam id, quod erogatum est in locum, in quem mortuus infertur, funeris causa impensum videri debet, *l. & si quis 14. §. funeris 3. de rel. & sumpt. fun. l. 1. in fin. cum l. seq. hoc tit.* Hæc autem impensa semper ex hæreditate deducitur, quæ etiam omne creditum solet præcedere, cum bona solvendo non sunt, *l. pen. de relig. & sumpt. fun.*

Pretia servorum manumissorum) Nec tantum eorum, qui testatoris proprii fuerunt, verum etiam quos hæres, cum alieni essent, redimere & manumittere rogatus est, *l. ejus 37. §. 1. eod.* Aliarum quoque impensarum, quæ [illegible] causa factæ sint, deductionem permisit [illegible] *in computatione 9. C. de jur. delib.* Quæ sequuntur, interpretem non desiderant. (3) Illud sciendum est, beneficium legis Falcidiæ non esse perpetuum. Et jam etiam cessabat in testamento militis, *l. 7. C. h. tit. l. 12. C. de test. mil.* item in dote mulieri relegata, propterea quod suam rem mulier recipere videtur, *l. sed usufructus 81. §. h. tit.* incommodo tamen præsentationis legi patuisse locum non dubito, *arg. l. 2. in princ. de dot. præl. l. 1. §. si quis 19. hoc tit.* Libertates quoque datæ per Falcidiam non minuebantur, *l. si servus 33. eod. l. 8. §. quarta 9. de inoffic. testam.* Hodie cessare creditur in legato in pios usus relicto, *per auth. similiter C. hoc tit.* quamquam in *Nov. 131. cap. 12.* unde *d. auth.* sumpta est, hoc non dicatur absolute, & contra sæpe judicatum, Sand *lib. 4. tit. 7. defin. 10.* Christin. *vol. 1. decis. 320. in fin* Fachin. *5. contr. 17.* si testatorem legatam vetuerit alienari, *Nov. 118. cap. 12. unde auth. sed & ea. h. t.* & in universum si prohibuerit expresse, hæredem Falcidia uti, *Nov. 1. cap. 2. auth. sed cum testator. C. h. t.* item si hæres inventarium facere neglexerit, *l. ult. C. de jur. delib.* Indignus etiam olim beneficio legis Falcidiæ visus est, qui id egerat, ut fideicommissum intercideret: & qui non capienti rogatus erat restituere, per Senatusconsultum Plancianum quartam retinere non poterat, *l. beneficio 59. princ. & §. 1. h. t.* Postremo qui sciens aut errore juris totum legatum solvit, nullam quartæ nomine condictionem habet, *l. 9. Cod. h. t.* Circa detractionem Falcidiæ nihil apud nos servatur alienum a jure Romano, Vid. Grot, *2. manud. 23.* Gudelin. *lib. 1. cap. 11.* VINN. Addi potest, cessare quartam Falcidiam, si liberis suppleatur portio legitima, *l. 36. Cod. de inoff. test.* item si legata sponte soluta integra. *Nov. 1. c. 2. l. 9. §. 3. de jur. & facti ign.* denique si instrumenta legata, quamvis eo casu vix quæstio quidem nasci possit, *l. 15. Cod. hoc tit.* HEIN.

TITULUS VIGESIMUS TERTIUS.

DE FIDEICOMMISSARIIS HÆREDITATIBUS.

Dig. Lib. 36. Tit. 1. C. Lib. 6. Tit. 42. & 49. Nov. 39. 108.

Ratio ordinis: tum quid sit fideicommissum?

Supra titulo de legatis §. 3. promisit Imperator, se separatim de jure legatorum & fideicommissorum tractaturum, ne scilicet permissa utriusque juris tractatio rem ipsam redderet difficiliorem aut magis laboriosam. Exposito igitur jure legatorum, quæ ratione obligationis & tempore & jure antiquiora sunt fideicommissis, superest nunc, ut de fideicommissis instituatur disputatio: quod alterum partitionis antepositæ membrum. *Fideicommissum est*, auctore Ulpian. *in frag. tit. 25. quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.* Igitur sic recte definiveris: *Fideicommissum est id omne, de quo quis suprema defuncti voluntate rogatus est, ut daret vel faceret.*

TEXTUS.

Continuatio.

Nunc transeamus ad fideicommissa. Sed prius est, ut de hæreditatibus fideicommissariis videamus.

NOTÆ.

Fideicommissa) Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur. Ulp. *tit. 25.* Legatum autem relinquitur legis modo, id est, imperative, *dato, capito, sumito, damnas esto dare.* Idem tit. 24.

COMMENTARIUS.

1. *Fideicommissi divisio: & summa eorum, quæ hic explicantur.*
2. *Cur prius de fideicommissis hæreditatis, quam singularum rerum agatur?*

(1) Fideicommissum aut universale est, aut particulare seu potius singulare. Universale, quod hæ-

hæreditatem vel totam, vel partem ejus continet. Particulare, quo non hæreditas aut pars hæreditatis, sed res singulæ relinquuntur; quod proinde rectius dixeris singulare, aut speciale. De fideicommissis rerum singularum agitur proxime; de universalibus, sive fideicommissariis hæreditatibus, hoc præsenti titulo: in quo Justinianus, ostensa prius communi fideicommissorum origine & incremento, differit de forma relinquendi fideicommissum hæreditatis ab hærede scripto, deque restitutæ hæreditatis effectu: tum de senatusconsultis Trebelliano & Pegasiano, ac mox de Pegasiani in Trebelliano transfusione: inde docet, qui restituere rogari possint. Ad extremum aliquid de suo adspergit ad probationem fideicommissi in genere pertinens.

(2) *Prius est*) Quemadmodum prius egit de hæredibus instituendis & deferenda testamento hæreditate, quam de legatis testamento dandis, acquisitionem universitatis ut digniorem præponens acquisitioni rerum singularum; ita etiam hic prius agere voluit de fideicommissis universalibus, quæ vi & effectu idem sunt quod hæreditas; postea de fideicommissis singularibus, quæ respondent legatis: de quibus alioqui prius dicendum fuerat juxta §. 3. *de legat.* Nam uti quoque monuimus in explicatione *d.* §. 3. exæquatio legatorum & fideicommissorum, de qua illic agitur, ad fideicommissariam hæreditatem minime pertinet; quoniam fideicommissarius restituta hæreditate hæredis loco habetur: sed ad specialia fideicommissa dumtaxat. Potest & hæc ratio dari, quod cum antequam de legatis dissereret, egerit de deferenda directo hæreditate, tum hæredem instituendo, tum substituendo, recte quoque nunc atque ordine faciat, quod antequam disputet de fideicommissis rerum singularum, doceat, quomodo hæreditas deferatur indirecto atque oblique, sive quomodo per fideicommissum hæredes substituantur. Vide quæ notavimus sub §. *ult. per quas pers. cuique neq.* & ad *rub. de vulg. subst.*

TEXTUS.

Origo fideicommissorum.

1. *Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse: quia nemo invitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hæreditatem, vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea Div. Augustus primus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorumdam perfidiam, jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur & populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem, tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam prætor crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.*

NOTÆ.

2. *Quibus non poterant hæreditatem*) Quales proscripti, deportati, &c. Exemplum habes apud Cic. *lib.* 1. *in Verr.* & ex parte, orbi, cælibes. Ulpian. *tit.* 22. §. 2. *tit.* 15. *cum seqq.* item fœminæ ex lege Voconia. Hujus generis exempla apud eumdem 2. *de fideic. cap.* 58. VINN. Addi potest Quintil. *Declar.* 324. item Valer. Maxim. *lib.* 4. *cap.* 3. §. 7. HEIN.

Sed tantum pudore) Fide, religione, probitate. Is enim, qui tum pudor erat hominum, videbatur vinculum satis validum implendæ voluntatis defuncti.

Et populare) Theoph. χαρίεν τῷ δήμῳ. Plin. *Paneg. non quia populare gratumque audientibus.*

In assiduam jurisdictionem) Ita tamen, ut extra ordinem ipsi magistratus de fideicommissis cognoscerent, non more usitato formulam & judicem darent. Ulpian. *tit.* 25. §. 10. *l.* 168. §. 1. *de verb. signif.*

Prætor proprius) Claudius duos creavit. Suet. in *Claud. cap.* 43. ex quibus unum Titius detraxit, *l.* 2. 31. *de orig. jur.* Cæterum Prætor ad certam summam cognoscebat, de majore consules jus dicebant. Quint. *lib.* 3. *cap.* 6. unde lucem accipit Ulp. *d. loc.* §. 12. VINN. Adde omnino Cujac. *lib.* 21. *obs.* 34. HEINN.

COMMENTARIUS.

1. *Ante D. Augusti tempora fideicommissa vim obligandi non habuisse, notat Mysingerus.*
2. *Genera incapacium, & in his gratificandi fideicommissorum usus.*
3. *Lege Voconia mulieres hæredes institui non potuisse.*
4. *Accurata in hoc legis caput inquisitio.*
5. *Legem istam postea in desuetudinem abiisse.*
6. *De fideicommissis extra ordinem jus dici solitum, & quorum ea jurisdictio? n.* 8.
7. *Quod in* l. 1. junct. l. 2. Cod. comm. de leg. *disponitur, non pertinere ad fideicommissa universalia.*

(1) PRimis *temporibus infirma*) Olim ante D. Augusti tempora fideicommissa nullam vim obligandi habebant, sed eorum præstatio, fide, religione, ac probitate pendebat ejus, qui rogatus erat. Nam quemadmodum quod precatio alicui utendum conceditur, totum pendet a liberalitate & voluntate ejus, qui concessit, sine ulla necessitate obligationis, *l.* 1. & 2. *de precar.* ita nec ex precibus testatoris quemquam invitum obstringi debere existimabant non magis, quam ex commendatione, *l.* 11. §. 2. *de legat.* 3. Nam quod potestati & arbitrio alicujus relinquitur, ejusmodi est, quod rogatum, non inducit obligationem, *l. in venditoris* 43. *de contr. empt.* Mynsig. *primis temporibus* sic interpretatur, ante legem 12. Tabularum, suavissimo utens argumento, quod utique sub Numa Pompilio fideicommissa viguisse verisimile sit, utpote sub quo Rege vel maxima vis fidei fuerit. Quæ insignis est ἀνεμπειρία. Sic enim ille differit, ut videatur existimasse, jam ante urbem conditam decemviros legem tulisse, aut post legem latam regnasse Pompilium.

(2) *Qui capere ex testamento poterant*) Duplex olim usus fideicommissorum fuit: unus in morientibus in peregrinatione, ubi sæpe eveniebat, ut testamentum facere non possent, propter penuriam testium civium Romanorum: quæ res etiam usus codicillorum invexit, *inst. de codic. in princ.* alter in gratificandis incapacibus, cum scilicet hæres clam fidem accommodabat, ut incapaci restitueret: quod fideicommissum tantum dicitur, *l.* 103. *de legat.* 1. *Gloss. Bas.* tacitum, τὸ ἐν γνώμῃ τῆς λάθρας, domestica cautione vel chirographo promissum, *d. l.* 103. 10. *de his quæ ut indign.* (3) Incapacium autem olim duo fuere genera; unum eorum, qui conditione personæ capere non poterant, quo in numero erant proscripti, deportati, item dedititii & Latini Juliani.

omnesque, qui cives Romani non erant: alterum eo-
rum, qui cives erant, sed propria & civili ratione aut
nihil, aut non solidum, aut non ex omnium testamen-
tis poterant capere, quales ex lege Voconia virgines,
mulieres, cælibes, orbi. Quæ diligentius executus sum
in explicatione principii *tit. de hær. inst.* Exemplum fi-
deicommissi prioris generis incapacibus relictis in pro-
scripto habemus apud Cicer. *lib.* I. *in Verr.* qui de præ-
tura urbana dicitur; ubi de P. Trebonii testamento com-
memorat, qui cum Aulum fratrem proscriptum habe-
ret, scripsit ut hæredes jurarent, se curaturos, ut ex
sua cujusque parte ne minus dimidia ad fratrem proscri-
ptum perveniret. Alterius generis apud eumdem *lib.* 2.
de finib. c. 58. ubi refert S. Sextilium Rufum rogatum a
Q. Fabio Gallo, ut omnis hæreditas ad filiam perveni-
ret, eamque rem Rufum ad amicos detulisse. Idem *eod.
lib.* memorandum fidei exemplum narrat de Sex. Pedu-
ceo, qui rogatus hæreditatem restituere uxori testatoris,
cum sciret nemo eum rogatum esse, ultro ad mulierem
venit, eique nihil opinanti viri mandatum exposuit, hæ-
reditatemque reddidit. Ostendunt hæc exempla, lege
Voconia mulieres hæredes institui non potuisse, non uxo-
rem a marito, non filiam a patre. Atque hinc porro
hoc quoque certo colligitur; nec ad patris legitimam
hæreditatem filias a lege admissas fuisse, multoque mi-
nus consanguineas ad successionem fratrum: ac proinde
quod Paulus *l.* 4. *sent.* 8. de rogatione Voconia scribit
esse ἀμάρτυρα μισσυγγενῶν, quod pluribus confirmamus *inf.
tit. de l. agn. succ.* §. 3. Multorum lex Voconia scriptis ce-
lebrata est. Meminerunt Cic. *dd. loc.* & in orat. pro *Corn.
Balb.* Livius *lib.* 4. (in epitome Flori mendose legitur *Vo-
lumnus* pro *Voconius*) Quintil. *declam.* 264. Dio *l.* 56. *p.* 662.
Gell. *l.* 17. *c.* 6. & *l.* 20. *c.* 1. Ascon. Pediam *in orat. de præt.
urban.* August. *l.* 3. *de Civ. Dei c.* 21. Latam esse eodem *lo-
co* scribit Augustinus inter secundum & postremum bel-
lum Punicum, quod verum esse liquet ex eo, quod apud
Cic. *lib. de senectute* M. Cato gloriatur se eam legem sua-
sisse, *cum jam natus esset annos* LXX. sic enim legendum
arbitror, non ut vulgo legitur, V. & LZ. *annos*. Lata
enim est, ut eodem loco indicatur, Q. Marcio Philip-
po iterum & Cn. Servilio Cæpione Coss. quorum con-
sulatus incidit in annum ab urbe condita 595. qui est a
Consulatu M. Catonis & L. Valerii Flacci 26. ut patet
ex chronologia rer. Rom. Ubbonis Emmii. Legis duo fue-
re capita, forte etiam plura, quæ ignoramus. Nam &
infinitam legandi licentiam lege duodecim tabularum
concessam, exemplo legis Furiæ, coercuit, ut *tit. præc.*
demonstratum est: & quod præcipuum est, sanxit ut quis
virginem neve mulierem hæredem facere, auctore Cic.
d. lib. I. *in Verr. c.* 43. Flor. *d. epitom.* ac ne filiam qui-
dem, testibus Ascon. *d. loc.* & August. *d. lib. c.* 21. (4)
Utrum autem simpliciter & a tota successione mulieres
remotæ fuerint, an partem aliquam saltem per legem
adhuc capere potuerint, incertum est. Et filias quidem
certe non in totum exclusas fuisse, ostendit locus Ci-
ceronis 2. *de finib. c.* 58. ubi ait, amicos Sextilii,
quem rogatum scribit hæreditatem restituere filiæ testa-
toris, censuisse, non plus filiæ dandum, quam posset
ad eam lege Voconia pervenire. Lucium quoque Len-
tulum temporibus Augusti, cum adhuc vigeret lex Vo-
conia, filiam suam ex parte hæredem scripsisse, intelli-
gere ex *p. infr. de codic.* Dio vero *l.* 56. *pag.* 662. de fœ-
minis in universum refert eas lege Voconia prohiberi
κληρονομεῖν ὑπὲρ δύο καὶ ἥμισυ μυριάδας οὐσίας, *supra* 25.
millia substantiæ. Ego, utut ad filias aliquid lege per-
venire potuerit, non puto tamen quod Dio scribit,
ipsa lege Voconia cautum fuisse, argumento eorum,
quæ ex Cicerone, Ascon. Floro, Augustino protuli-
mus: sed postea legem, ut nimis rigidam, ita mitiga-
tam, ut saltem partem aliquam mulieribus capere li-
ceret, idque Dionem sic accepisse quasi cautum a Vo-
conio legis auctore, ut alias fieri solet. Illud tamen pa-
rum adhuc constat, quartam partem postea mulieribus
percipere permissum. Quintil. *d. decl.* ait, *l. Voconia cau-
tum, ut ne mulieri plus quam semissem relinquere lice-
ret*: sed hoc, ut in scholasticis exercitationibus fere
fit, a Quintiliano confictum esse existimo cum Cujacio.
Ipse autem Cujacius putat, lege cautum, *ut ne quis
census mulierem hæredem faceret ultra quadrantem*, accom-
modans eo locum Dionis, quem accipit de 25. milli-
bus sestertium: quippe quæ fuerit quarta pars bonorum
ejus, qui census dicebatur, nempe, qui centum millia
sestertium possidebat, quod Asconius prodidit in *d. l.* I.
in Verr. Nam vetus ratio postea valde mutata fuit,
auctisque civium opibus, sestertii in locum surrogati
videntur: siquidem initio, ut ex Livio & Dionys. Ha-
lic. constat, maximus census erat centum millium æris
seu assium: quam summam æquant 25. mille sester-
tii, quippe quorum singuli quatuor assibus postea æsti-
mati sunt. Bachovius censet, locum Dionis rectius ac-
cipi de 25. mille assibus, qui census initio quartæ
classis fuit, & quarta census maximi pars. Interpres
Dionis vertit centum millia numerorum: sed illud haud
dobie nummum pro asse accepit, quamvis perperam:
sestertium enim nummum, non assem dicimus. Utut
sit, illud constat, licet fideicommissum aliquod contra
legem Voconiam aut similem relictum fuisset, ac proin-
de hæres nulla necessitate obstringeretur ad illud præ-
standum; veteres tamen existimasse, contra officium bo-
ni viri hæredem facere, fidemque violare, qui volun-
tati testatoris non pareret, ut perspicuum est ex eo,
quod de Sext. Pecudeo commemoravimus ex *lib.* 2. *de
finib. cap.* 58. & quod Cicero eodem loco refert de Sex-
tilio rogato omnem hæreditatem restituere filiæ testato-
ris; *Tenuit*, inquit, *Sextilius permagnam hæreditatem,
unde si secutus esset eorum sententiam, qui honesta & re-
cta emolumentis omnibus & commodis anteponerent, ne
nummum quidem attigisset*. (5) Notatur & a Val. Ma-
ximo avaritia Corneliæ, quod fideicommissa prælio filio
Q. Pompejo publica quæstione prostrato non redderet,
lib. 4. *cap.* 2. *in fin.* Ex libris nostris manifestum est,
legem Voconiam postea plane in desuetudinem abiisse,
& jam tum sua ætate obliteratam fuisse testatur Gellius
lib. 20. *c.* I. eo vero jure, quod post secutum est, nec
licitum hæredi fuisse videtur, hæreditatem incapaci re-
stituere: argumento est, quod favore fisci constitutum
fuit, ut si hæres hujusmodi fideicommisso tacite fidem
suam accommodasset, hæreditas ei auferretur & vindi-
caretur fisco, *l.* I. *l.* 3. *de jur. fisc.* Ad fiscum quoque per-
tinuisse fideicommissum deportato relictum, constat ex
l. 7. *de legat.* 3. Denique Ulp. *tit* 25. §. *fideicomm.* 5. cum
generaliter definivisse, fideicommissum non aliis posse,
quam quibus legari potest, solo mox excipit Latinos
Junianos. VINN. Multa hic Vinnius, quæ dici potuis-
sent accuratius. Nos more nostro pauca. Frustra in
Pauli loco *lib.* 4. *Sent. tit.* 8. 22. castigatur *ἀμφ᾽ ἴσια μη-
μάνων*. Paulus enim docet, fœminas ultra consanguineas
successiones non admitti ad legitimas hæreditates. Addit
rationem: *idque jure civili Voconiana ratione* (non Voco-
niana rogatione) *videtur effectum*. Lex Voconia ea do

re

re nihil sanxerat. At ex ratione hujus legis stricte veteres intrepretabantur jus mulierum ab intestato succedendi. Idque mansit, etiam postquam lex Voconia civitatis opulentia fuerat obliterata. Vid. Schultingii Annot. ad Paul. *ibid. pag.* 412. Deinde quod ad locum Dionis attinet, cum accuratissime exposuit V. C. Jac. Perizonius *diss. de leg. Voconia pag.* 144. ubi docuit, in textu Dionis intelligi drachmas, ad quas plerumque Græci rationem inibant pecuniæ Romanæ. (Vide Joan. Fr. Gronov. *de pecun. vet.* III. 16.) XXV. ergo millia drachmarum sunt M. C. sestertium. HEIN.

Gratia personarum motus) Igitur Augustus non confirmavit fideicommissa certa & perpetua lege: sed cum unum atque alterum fideicommissum confirmasset ob causas, quæ hic memorantur, consules demum auctoritatem suam interponere jussit, id est, consulibus cognitionem de fideicommissis singulis annis aut in singulis negotiis mandavit. Ait, *gratia personarum*. Ipse Augustus relictum a se fideicommissum L. Lentuli gratia, qui rogaverat, præstitit, *inf. de codic. in princ.* Potuit & eorum gratia moveri, quibus fideicommissum relictum dicebatur, puta personæ sanguine aliave necessitudine defuncto conjunctæ, aut singulari conditione aliisve raris animi dotibus præditæ.

Per ipsius salutem) Antiquissimum genus jurisjurandi, aut potius vehementioris asseverationis etiam sanctis viris usurpatum, *Genes. cap.* 42. 42. 25. μὰ τὴν ὑγίειαν φαραὼ, per salutem Pharaonis.

(6) *In assiduam jurisdictionem*) Ut jam non amplius cognitio de fideicommissis speciatim in singulis negotiis, aut quotannis Magistratibus mandaretur, sed perpetuo vi & potestate magistratus sui de fideicommissis omnibus jus dicerent, quamquam extra ordinem, ut scilicet ipsi magistratus cognoscerent, non more judiciorum usitato formulam & judicem darent, Ulpian. *tit.* 25. §. 10. unde fideicommissi persecutio extraordinaria dicitur, *l.* 178. §. 2. *de verb. signif.* Justinianus quidem, ut monuimus *sup.* §. 3. *de legat.* in eo quoque fideicommissa exæquavit legatis, ut iisdem ordinariis actionibus, quæ pro obtinendis legatis olim competebant, quasque ipse postmodum pro legatis omnibus concessit, *l.* 1. *Cod. comm. de legat.* liceret persequi & fideicommissa, *l.* 2. *C. eod.* (7) Verum hoc ad fideicommissa rerum singularum dumtaxat sicut & universa exæquatio pertinet; erratque perspicue Mynsingerus, dum id transfert ad fideicommissa hæreditatis.

Prætor proprius crearetur) Pomp. *l.* 2. §. *capta* 32. *de orig. jur.* tradit, Claudium duos Prætores creasse, qui de fideicommissis jus dicerent, ex quibus unum D. Titus detraxerit. Suet in *Claud. c.* 23. *jurisd.* inquit, *de fideicommissis quotannis & tantum in urbe Magistratibus delegari solitam in perpetuum, atque etiam per provincias potestatibus demandavit*. Quod etiam Ulp. *dict. loc.* confirmat scribens, cognitionem de fideicommissis in provinciis fuisse præsidium provinciarum: item *l.* 5. *C. de reb. cred.* Prætoris fideicommissarii mentio fit in *l. quæsitum* 78. §. *pen. de leg.* 3. *l. pen. in fin. quibus ad lib. proclam. l. si cui* 92. *in princ. de cond. & dem. l.* 2. *C. qui pot. in pign.* Neque tamen solius Prætoris in urbe jurisdictio de fideicommissis propria tunc esse cœpit, sed ita partita est, ut Prætor ad certam summam cognosceret, de majore Consules jus dicerent. Fab. *l.* 3. *c.* 6. *Non debes*, inquit, *apud Prætorem petere fideicommissum, sed apud Consules; major enim Prætoria cognitione summa est*. Atque ita accipiendum quod Ulp. *d. tit.* 25. scribit, cognitionem de fideicommissis Romæ esse Consulum, aut Prætoris, qui fideicommissarius vocatur. VINN. Immo ipsos Imperatores extra ordinem aliquando de fideicommissis cognovisse comperio. Exemplum est in *l.* 26. *ff. de prob.* HEIN.

TEXTUS.

De fideicommisso hæredis scripti.

2. *Imprimis igitur sciendum est, opus esse, ut aliquis recto jure testamento hæres instituatur, ejusque fidei committatur, ut eam hæreditatem alii restituat: alioqui inutile est testamentum, in quo nemo hæres instituitur. Cum igitur aliquis scripserit:* Lucius Titius hæres esto, *potest adjicere:* Rogo te, Luci Titii, ut cum primum poteris hæreditatem meam adire, eam Cajo Sejo reddas, restituas. *Potest autem quisque & de parte restituenda hæredem rogare: & liberum est, vel pure, vel sub conditione relinquere fideicommissum vel ex certo die.*

NOTÆ.

2. *Recto jure testamento*) Scilicet cum quis testamento fideicommissum vult relinquere: nam sine institutione hæredis testamentum consistere non potest, §. 34. *sup. de legat.* Cæterum potest & ab intestato fideicommissum codicillis relinqui, §. 10. *inf. eod. Recto jure*, id est, directo jure, Schol. Theop. ὀρθῶς, ὀρθὴ δίκη, sic *rectum judicium*, pro directo, *l.* 1. §. *ult. commod. rect. vindicatio* pro directa, *l.* 9. §. 2. *de acquir. rer. dom.*

COMMENTARIUS.

1. *Quis, cui, a quo fideicommissum hæreditatis recte relinquat?*
2. *Ex certo die aut in diem cur fideicommissum recte detur, hæreditas non item?*

Obliqua acquirendæ hæreditatis ratio iisdem illis rebus constat, quibus directam constare diximus *sup.* §. *item per quas pers.* videlicet delatione fideicommissi, & delati susceptione. (1) Deferre seu relinquere fideicommissum hæreditatis possunt, qui & testamentum facere, *l.* 2. *de legat.* 1. *l. in princ. & seqq.* §§. *de legat.* 3. *l.* 6. §. 3. *de jur. codic.* Relinqui iis potest, qui qualemqualem testamenti factionem habent, id est, vel passivam, ut loquuntur, *arg.* §. *legati* 24. *supra de legat. l.* 1. *de legat.* 1. Neque ulla nunc est in hac parte differentia inter hæredum institutiones, aut legata & fideicommissa, sive universalia, sive specialia. Ab iis relinqui potest, ad quos hæreditas nostra perventura est, sive directo sive oblique, sive ex testamento, sive ab intestato, sive jure civili, sive jure honorario, §. *præterea* 10. *inf. eod.* In modo relinquendi nihil interest, utrum testamento relinquatur, an codicillis: at testamento a solo hærede instituto relinqui potest, codicillis etiam a legitimo. Susceptio utriusque factum & voluntatem desiderat & hæredis fideicommissum restituentis, & fideicommissarii restitutum accipientis: de quibus omnibus, aut maxima eorum parte, amplius in progressu.

Recto jure testamento hæres instituatur) Cum quis testamento fideicommissum vult relinquere, necesse omnino est, quod hic traditur, ut testator directo aliquem testamento hæredem instituat, eumque roget, ut hæ-

hæreditatem alii restituat: quippe cum sine institutione hæredis testamentum consistere non possit, §. *ante*, 35. *supr. de legat.* 3. Utrum autem hæres institutus eodem testamento rogetur, an codicillis, nihil refert, §. 1. & 2. *infr. de cond. l.* 8. *eod.*

(2) *Vel ex certo die*) Fideicommisso hæreditatis hoc cum legatis & fideicommissis rerum singularum commune est, ut non tantum pure aut sub conditione, quomodo etiam directo potest hæres institui, verum etiam ex certo die, aut in diem relinqui possit, sicut legata & singulæ res per fideicommissum, *l.* 1. & *passim tit. de cond. & dem.* quamvis directo hæreditas ita dari non possit. Nimirum diem hæredis institutioni adjectum pro supervacuo haberi placeat, ne testator post tempus aut medio tempore, atque ita pro parte intestatus decedat; quod juris civilis subtilitas non patitur, §. *hæres*, 9. *supr. de hær. inst. l.* 7. *de reg. jur.* At in restitutione hæreditatis hoc jus non ostenditur, cum is, qui restituit, nihilominus hæres maneat, §. *sup.*

TEXTUS.

Effectus restitutionis hæreditatis.

3. *Restituta autem hæreditate, is quidem qui restituit, nihilominus hæres permanet; is vero, qui recipit hæreditatem, aliquando hæredis, aliquando legatarii loco habetur.*

COMMENTARIUS.

Regula est juris antiqui, *Qui semel hæres extitit, non potest desinere hæres esse*, *l. ei qui*, 88. *in fin. de hæred. instit.* §. *sed quod*, 10. *in fin. de minor.* Quæ regula ex eo sumpta est, quod placet, obligationem & actionem a persona ejus, cui aut adversus quem semel quæsita est, avelli non posse: de quo diligentius, Deo volente, præcipiemus *infr. sub* §. 1. *de action.* Hoc igitur jure constituto, consequens est, nec eum, qui rogatus defuncti hæreditatem alii restituit, hæredem esse desinere, ac proinde ipsum nihilominus tamquam hæredem & experiri actionibus hæreditariis & conveniri posse. Cæterum Trebelliano Senatusconsulto effectum est, ut restituta hæreditate, is qui restituit, nudum tantum nomen hæredis retineat, atque ut agens exceptione restitutæ hæreditatis repelli, & conventus alios repellere possit, *l.* 1. §. 4. *ad SC. Trebell.*

Aliquando hæredis, aliquando legatarii loco) Loco hæredis habebatur, si restituta esset hæreditas ex Senatusconsulto Trebelliano; loco legatarii, si ex Pegasiano restitutio fieret, ut mox declarabimus, & Ulpianus ostendit *tit.* 25. §. 12. Nam quod Giphanius scripsit, fideicommissarium legatarii loco habitum, si pars tantum hæreditatis ei restituta esset, falsum esse apparet ex §. *ergo*, 6. *infr. eod.*

TEXTUS.

De Senatusconsulto Trebelliano.

4. *Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo, & Annæo Seneca Coss. Senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si hæreditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones, quæ jure civili hæredi & in hæredem competerent, ei & in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hæreditas. Post quod Senatusconsultum prætor utiles actiones & in eum, qui recipit hæreditatem, quasi hæredi, & in hæredem dare cœpit.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur in catalogo Consulum non recenseantur Trebellius & Seneca?*
2. *Quæ incommoda huic Senatusconsulto causam dederint?*
3. *Cur cum Senatusconsulta sint pars juris civilis, Senatus eum, cui restituta est hæreditas, hæredem non fecerit, eive & in eum non dederit actiones directas?*
4. *Quid juris, si debitor hæredi, aut hæres creditori solverit post factam restitutionem?*

(1) Trebellio Maximo & Annæo Seneca Coss.) Hoc idem testatur & Ulp. *l.* 2. *ad SC. Treb.* Cæterum hi Consules non reperiuntur in Fastis, seu indice Consulum: quare credendum est, eos non fuisse ordinarios, sive initio anni creatos, sed suffectos in locum demortuorum aut remotorum: quippe, ut Dio *lib.* 43. & 48. refert, anni Consulum ab his duobus, qui primis duobus mensibus creati essent, nomen acceperunt; qui reliquis creabantur mensibus, in Senatusconsultis & auctoritatibus scribebantur, quod confirmat hic locus: cui similis est in §. *seq.* nam neque Pegasi & Pusionis Fasti meminerunt: & in *l. cum vero*, 26. §. *subventum*, 7. *de fideic. libert.* ubi mentio fit Senatusconsulti Rubriani, quod factum dicitur temporibus D. Trajani Rubrio Gallo & Cælio Hispone Coss. qui & ipsi in catalogo Consulum non recensentur, ut suffectos eos fuisse oporteat. Igitur cum multi Consules Romæ sub Imp. fierent per suffectionem, nemo ex suffectis in Fastos referebatur, sed soli duo, qui anni initio magistratum auspicati essent. Quomobrem excusandus est Ausonius, qui in *gratiar. act. ad Gratianum* negat, Senecam Consulem fuisse. VINN. Immo vix excusandus, qui suffectus Consuli etiam Consul est. Consulatus Senecæ & Trebellii incidit in ultimos menses anni ab U.C. DCCCXIV. Quærit Marcillius *ad* §. 6. *Inst. h. t.* cur S. C. hoc dicatur Trebellianum, ac non potius Annæanum, quum tamen L. Annæus Seneca fuerit Consul major. Respondet, videri hoc SC. omnino initio nomen Annæani tulisse, sed translatum postea ad nomen Trebelliani, quia Senecæ, perduellionis rei, memoria damnata fuerit. Sed nec apud Tacitum, cui Marcilius testimonium denunciat, hoc reperio, nec semper a SCtis a majore Consule nomen inditum, sed ab eo, qui tum ad Senatum retulerunt. Sic U. C. 931. Juliano Rufo & Gavio Orphito Coss. factum, non a Cos. majore Julianum, sed ab Orphito Orphitianum dictum est. Aliud Nerone & Pisone Cos. anno 810. Pisonianum vocatur *leg.* 8. *ff. ad SC. Silan.* Omittimus exempla alia. HEIN.

Si hæreditas ex fideicommissi causa restituta sit) In omni legato & fideicommisso inest hæc conditio, si hæres, a quo relicta sunt, hæres extiterit: quod in fideicommissis ex restituendi verbo satis intelligitur. Qua de causa si hæres aut adire hæreditatem noluerit, aut antequam adeat, mortuus sit, aliave ratione defecerit, hic eveniet, ut destituto testamento fideicommissum quoque pereat, uti cætera, quæ in testamento scripta sunt, non adita hæreditate irrita fiunt, (2) *l.* 9. *de test. tut. l. cum quam*, 14. *C. de fideic. l.* 13. §. *quid ergo*, 3. *l. ita tamen*, 27. §. *quotiens*, 6. *ad SC. Trebell.* Cum autem hæredes, qui rogati erant hæreditatem restituere, aut metu litium, aut prætextu metus hæreditatem adire plerumque recusarent;

sarent: cumque esset æquissimum, eos onera subire, in quos jus fructusque transferretur, potius quam cuiquam fidem suam esse periculosam; Senatusconsulto Trebelliano dubitatio hæredum cum metu incommodi sublata est, cautumque, ut quæ actiones in hæredem competunt, darentur in eum, cui ex fideicommisso restitueretur hæreditas, quo magis in reliquum confirmarentur supremæ defunctorum voluntates, *l.* 1. §. 2. *& eod.*

Actiones, quæ jure civili) Senatus loquitur de transferendis iis actionibus, quæ jure civili hæredi & in hæredem competunt; transeunt tamen ex senatus sententia & actiones honorariæ, veluti actio ex constituto, ex jurejurando, & similes: immo & caussam naturalium ubligationum transire placet, *l. quamvis* 40. *l. si ejus* 64. *in pr. eod.*

Ei & in eum) Quemadmodum Senatus hæredibus subventum voluit in eo, quod actiones, quæ in hæredem competebant, dari voluit in fideicommissarium, ut posset hæres, si a creditoribus hæreditariis conveniretur, uti exceptione restitutæ hæreditatis; ita & subvenit fideicommissariis in eo, quod actionem, quæ hæredi competebat, fideicommissario dari voluit, cui soli ob hoc agendi efficaciter facultas competit; hæres autem agens per exceptionem a creditoribus hæreditariis repelli potest, *d. l.* 1. §. 4. Plane non ultra actiones ex Senatusconsulto transeunt, quam pro ea parte hæreditatis, quæ rogatu testatoris restituta est, §. 6. *infr. eod.*

(3) *Prætor utiles actiones*) Licet Senatusconsulta pars sint juris civilis, ac proinde per Senatusconsultum hæredes effici possunt, ut efficitur Senatusconsultis Tertylliano & Orficiano, eum tamen, cui ex fideicommisso restituta est hæreditas, senatus hæredem non fecit, propterea quod jam alius jure civili per aditionem hæres factus locum obtinet, quem stricta juris ratio non patitur desinere hæredem esse; quæ eadem porro ratio efficit, ut nec directæ actiones ad fideicommissarium transire queant, sed ut semel hæredi quæsitæ sunt, ita perpetuo apud eum maneant, neque a persona ejus possunt separari. Cum igitur actiones directæ non possint & apud hæredem manere & simul pari jure fideicommissario aut in fideicommissarium dari, Prætor ex auctoritate Senatus utiles ei & in eum tamquam hæredi & in hæredem actiones dedit, ut hic scriptum est: convenit *l. filiusfamil.* 18. §. *ult. leg. Falcid. & l. penult. in fin. Cod. hoc tit.* Neque injuria fit creditoribus hæreditariis, quod actiones eorum directæ mutentur in utiles: nam nova utilis, quæ succedit, ejusdem cum vetere potestatis est, eumdemque effectum habet, *l. prim. de neg. gest.* In summa Senatusconsulto Trebelliano hoc effectum est, ut actiones, quæ hæredi & in hæredem jure civili competunt, post restitutionem hæreditatis in persona hæredis inutiles sint, atque agens exceptione repelli, conventus alios repellere possit. Contra vero in persona fideicommissarii sint efficaces, ut is solus ea agat efficaciter & conveniatur. (4) Sed quid si debitor post restitutionem hæreditatis hæredi solverit? Aut quid si hæres post restitutionem factam solverit creditori? Poterit solutum per condictionem indebiti repeti, *leg. si ejus* 64. *in princ. eodem*, quippe cum post restitutionem inutilis plane atque inefficax per Senatusconsultum in persona hæredis obligatio fiat, & vinculum quoque æquitatis tollatur, ita ut nuda tantum civilis obligatio remaneat. Enimvero si hæres aut debitor solverint, cum scirent, se tutos esse exceptione, cessabit conductus, *leg. si non sortem* 26. §. 3. *de condict. ind.* quoniam donare voluisse præsumuntur, *leg. cujus* 53. *de regul. jur.*

T E X T U S.

De Senatusconsulto Pegasiano.

5. *Sed quia hæredes scripti, quum aut totam hæreditatem, aut pæne totam plerumque restituere rogabantur, adire hæreditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa; postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso & Pusione Coss. Senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio promissa est. Post quod Senatusconsultum ipse hæres onera hæreditaria sustinebat: ille autem, qui ex fideicommisso recipiebat partem hæreditatis, legatarii partiarii loco erat, id est, ejus legatarii cui pars bonorum legabatur; quæ species legati partitio vocabatur, quia cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem. Unde quæ solebant stipulationes inter hæredem & partiarium legatarium interponi, eadem interponebantur inter eum, qui ex fideicommisso recepit hæreditatem & hæredem, id est, ut lucrum & damnum hæreditarium pro rata parte inter eos commune esset.*

N O T Æ.

5. *Partiebatur hæreditatem*) Id est, res hæreditatis neque enim legatarius partiarius efficiebatur successor juris, ullæve actiones hæreditariæ, ei in eum dabantur.

C O M M E N T A R I U S.

1 *Quæ incommoda Pegasiano Senatusconsulto caussam dederint*
2 *Hoc Senatusconsulto vim legis Falcidiæ productam ad fideicommissa hæreditatis.*
3 *Discrimen legis & Senatusconsulti circa res, quæ imputentur.*
4 *An hoc demum Senatusconsulto Falcidia producta ad fideicommissa singularia?*
5 *Trebelliani & Pegasiani differentia.*
6 *Legatarius partiarius, & stipulationes partis & pro parte.*

Tametsi Senatusconsulto Trebelliano cautum erat, ut omnia onera hæreditaria in eum, cui ex fideicommisso restituta esset hæreditas, transferrentur, id tamen nondum sufficiebat, ad invitandam hæredem ad adeundam hæreditatem. (1) Quamvis enim nullum damnum post hoc Senatusconsultum hæredi adeunti & restituenti immineret, tamen, ut est ingenium humanum, recusabant adhuc plerumque hæredes scripti adire hæreditatem alieni emolumenti caussa, unde & ipsi nullum, aut exiguum lucrum percepturi erant: atque ita fiebat adhuc, ut fideicommissum hæreditatis sæpe intercideret. Huic igitur incommodo occursum est Senatusconsulto Pegasiano, cautumque, ut ei, qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia in legatis conceditur.

(2) *Perinde, &c. atque ex lege Falcidia*) Quod lex Falcidia in legatis, illud ipsum valet Senatusconsultum Pegasianum in restituenda hæreditate. Quin potius hoc Senatusconsulto vis legis producta est ad fideicommissa hæreditatis. Justinianus *orat. ad Senat.* Pegasianum factum esse ait παρὰ τῶν τῆς φαλκιδίου μίμησιν. Atque hinc est,

hæreditatis stipulationes interponebantur. Quales illæ stipulationes fuerint, nusquam diserte traditum est; nisi quadantenus apud Ulp. *l. in illa*, 50. §. 1. *de verb. obl.* ubi hæc ex parte emptoris profertur: *Quanta pecunia ad te pervenerit, dolove malo tuo factum est, eritve, quominus perveniat*, subaudiendum, *tantam dari spondes?* Ex quo cum Hotom. suspicari licet, hanc fere contrariæ stipulationis formulam fuisse: *Quantam pecuniam hæreditatis causa præstitero, sed vero, tantam dari spondes?* Etenim inter emptorem & venditorem hæreditatis id agi constat, quod Ulp. scribit *l.* 2. *de hær. vel act. vend.* ut neque amplius, neque minus juris emptor habeat, quam apud hæredem futurum esset, effectu scilicet: neque enim vi istarum stipulationum actiones hæreditariæ in emptorem transferri potuerunt. At enim vero, ut non multo ante probavimus, potuit hoc casu & ex Trebelliano nominatim restitutio sic fieri, ut actiones transferrentur sine interventu hujusmodi stipulationum.

Si recusabat hæres scriptus) Alterum hoc principale caput Senatusconsulti Pegasiani fuit, ut si hæres recusaret adire hæreditatem, jussu Prætoris adire & restituere cogeretur, *l.* 4. *l.* 6. §. 2. *l.* 14. §. *pen.* & *passim* §. *tit. l. si quis*, 17. *si quis om. ca test.* Ulp. *tit.* 25. §. 14. At inquies, cum adire facti sit, ad quod nec servus a domino præcise compelli potest, *l.* 3. *C. de hær. inst.* quomodo ad id compelletur hæres? Compelli præcise posse, non existimo, sed contumaciam hæredis pro aditione habendam, *l. pen.* §. 1. *h. tit.*

Quasi damnosam) Sufficit autem hoc ab hærede allegari: neque enim inquiritur, solvenda sit hæreditas, nec ne. Sed neque præscribitur hæredi, cur metuat hæreditatem adire, vel cur nolit: cum variæ sint hominum voluntates, quorumdam negotia timentium, quorumdam vexationem, quorumdam æris alieni cumulum, tametsi locuples videatur hæreditas, quorumdam offensas vel invidiam, quorumdam gratificari volentium his, quibus hæreditas relicta est, sine onere tamen suo, *d. l.* 4. *h. titul.*

Quo casu nullis stipulationibus est opus.) Jussu Prætoris adita & restituta hæreditate, ei & in eum, qui recipit hæreditatem, actiones dantur perinde, atque si ex Trebelliano Senatusconsulto restituta fuisset, idque ut ita fiat, Pegasiano Senatusconsulto cautum esse scribit Ulp. *dict. tit.* & 5. Quamobrem nullis hic stipulationibus opus erit. Ut autem restituentibus hoc casu prospectum, ne ullum damnum sentiat, ita vicissim omne commodum amittit, quod si cogi se passus non esset, vel beneficio Pegasiani, vel ex voluntate defuncti percipere potuisset, *dict. l.* 4. *d. l.* 14. & *qui compulsus*: 4. *l. ita*, 27. §. *præceptis*, 14. *h. tit.*

Utroque Senatusconsulto concurrente) Nam quod hæres invitus cogebatur adire a Prætore, id erat ex Senatusconsulto Pegasiano: quod actiones transferrentur in eum, qui recipiebat hæreditatem, ex Trebelliano.

TEXTUS.

Pegasiani in Trebellianum transfusio.

7. *Sed quia stipulationes ex Senatusconsulto Pegasiano descendentes & ipsi antiquitati displicuerunt, & quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat; & nobis in legibus magis simplicitas, quam difficultas placet, ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quam differentiis utriusque Senatusconsulti placuit, explosio Senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano Senatusconsulto præstare, ut ex eo fideicommissariæ hæreditates restituantur: sive habeat hæres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive nihil penitus: ut tunc, quando vel nihil, vel minus quarta apud eum remaneat, liceat ei vel quartam, vel quod ei deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum quasi ex Trebelliano Senatusconsulto pro rata portione actionibus tam in hæredem, quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hæreditatem sponte restituerit, omnes hæreditariæ actiones fideicommissario, & adversus eum competant. Sed etiam id, quod præcipuum Pegasiani Senatusconsulti fuerat, ut quando recusaret hæres scriptus sibi datam hæreditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hæreditatem volenti fideicommissario restituere, & omnes ad eum, & contra eum transferre actiones: & hoc transposuimus ad Senatusconsultum Trebellianum, ut ex hoc solo necessitas hæredi imponatur, si ipso nolente adire, fideicommissarius desideret restitui sibi hæreditatem, nullo nec damno nec commodo apud hæredem remanente.*

NOTÆ.

7. *Vel repetere solutum*) Solutum scilicet errore facti, non juris, *leg.* 9. *Cod. ad leg. Falc.* verbi gratia, Qui 100. in bonis habebat, 100. legavit. Hæres integra legata solvit. Si errore facti credens eam esse quantitatem patrimonii defuncti, ut exsolutis legatis adhuc abunde sibi ad quartam Falcidiæ superfit, repetitionem habet: si errans in jure, non habet. Id est, si non ignorabat quantitatem substantiæ: putabat autem se quartæ retentionem non habere. Idemque juris est in restitutione fideicommissi, ut *hic*.

Pro rata portione) *l. C. hoc tit.* Onera tamen legatorum ad solum fideicommissarium spectant, *l.* 1. §. *ult. ff. eod.* & ibi Accurs. DD. in *l.* 2. & *ult. Cod. eod.* Nisi minus dodrante restituere hæres rogatus sit: tunc enim pro eo, quod ultra quartam habet, etiam legatorum onera ad eum pertinent, *leg.* 1. §. *pen. eod.* Gloss. & DD. *ubi supr.*

Totam hæreditatem sponte) Dum fidum obsequium defuncti precibus præbere desiderat, *l.* 45. *ad SC. Tr.* & pleniore officio fidei præstandæ fungi, *l.* 4. §. 15. *de don. int. vir.*

COMMENTARIUS.

TRansfunditur hoc loco vis omnis Senatusconsulti Pegasiani in Trebellianum, ut jam ex solo Senatusconsulto Trebelliano restituatur hæreditas. Itaque hæres nunc quasi ex hoc Senatusconsulto quartam, vel quod quartæ deest, retinere potest: ex eodem actiones pro rata communicantur: si hæres adire & restituere nolit, ex hoc Senatusconsulto cogitur: restituta tota hæreditate sive sponte sive jussu Prætoris, actiones omnes in

in fideicommissarium transeunt, nullusque jam amplius usus stipulationum, quarum antea meminit.

Ex Pegasiano Senatusconsulto descendentes) Stipulationes partis & pro parte emptæ & venditæ hæreditatis non sunt Senatusconsulto Pegasiano primum introductæ, sed sunt antiquiores. Dicuntur autem hic ex Pegasiano descendere, quia ex Senatusconsulto translatæ sunt ad restitutionem hæreditatis, locum non habente Trebelliano. Hotomannus hinc colligit, nominatim Senatusconsulto mentionem harum stipulationum factam fuisse.

Captiosas) Captiosæ fuerunt stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis, itemque partis & pro parte, quia salvæ nihilominus hæredi & adversus hæredem actiones manebant. Neque enim ob harum stipulationum interpositionem cogebantur creditores fideicommissarium convenire, sed hæres lites excipiebat, & solutum creditoribus a fideicommissario repetebat; sicut e diverso fideicommissario cum hærede agendum erat, ut quod a debitoribus exegisset, redderetur. Ob has difficultates & litium anfractus facile eveniebat, ut alter damnum pateretur, vel propter calumniam, vel propter inopiam alterius; quod cum ex Trebelliano restituitur hæreditas, commode potest vitari. Nam quatenus hæreditas est, eatenus hæres si conveniatur, exceptione restitutæ hæreditatis se tueri potest: & vicissim si ipse experiatur, eadem exceptione repelli. Captiosas igitur hasce stipulationes Papinianus appellat, non quia callidæ aut argutæ, sed quia captioni & damno obnoxiæ, plenæque difficultatibus: quia captiosæ propter has stipulationes Senatusconsulti Pegasiani ambages, auctore Justiniano, *leg. 1. §. 6. Cod. de vet. jur. enucl.* Captiosum enim nostris etiam id dicitur, quod alicui fraudi aut damno est, *leg. 5. de transact. l. 14. §. aliquando, 5. vers. unde quidam quod met. cap. 6. leg. 6. §. siquid, 10. quæ in fraud. cred.* Recte igitur Theophilus reddidit ἐπιζημίας id est, damnosas: neque causam video, cur Bachovio hæc ratio appellationis non placeat.

In legibus magis simplicitas) Laudat in §. *cæterum*, 3. *instr. de legit. agn. succes.* legem duodecim tabularum, quod simplicitatem legibus amicam amplexa sit in legitima agnatorum successione. Quod autem legumlatoribus in condendis legibus placere videmus, id etiam in earum interpretatione nobis sequendum est, vitandæque argutiæ, subtilitates, scrupulositates, obscuritates, distinctiones ac differentiæ nimiæ.

Senatusconsulto Trebelliano præstare) Quod planius erat, & citra captiosos circuitus, ipso jure quoad vim & effectum transferebat id, quod non nisi per stipulationes interpositas longosque, & captiosos ambitus Pegasianum exequebatur.

Vel quartam, vel quod deest) Hinc Interpretes quartam hanc dixere Trebellianicam. Veteribus autem numquam alio nomine, quam Falcidiæ appellatur, ut ostendi *supr.* §. 5. nimirum quia Senatusconsulto Pegasiano non tam nova quarta introducta fuit, quam quarta Falcidiæ producta ad fideicommissa universalia. Ex quo porro intelligitur, appellatione quartæ Falcidiæ etiam proprie hanc quartam contineri, & proinde positis terminis habilibus, atque in dubio, ubi expresse nulla differentia constituta est inter quartam, quam hæres de singulis rebus detrahit, & quam retinere potest ex fideicommisso hæreditatis quicquid de Falcidia jure nostro captum est, ex æquo ad utramque partem pertinere. Veluti quod Justinianus constituit, ut hæres qui inventarium facere neglexit, beneficium Falcidiæ amittat, *leg. ultim. §. penult. Cod. de jur. delib.* item quod Falcidiæ locus non est, si testator expresse vetuerit hæredem ea uti, *Novell. 1. cap. 2.* Omnino enim verisimile est, Justinianum perpetuum omnium auctorum juris usum secutum, utramque quartam uno Falcidiæ nomine comprehendisse. Atque hoc si animadvertissent Interpretes, nemo eorum repertus esset, qui ausus fuisset hoc negare. At tunc tanta frequentia in contrarium itum est, ut difficile dictu sit, utra sententia majori numero & rerum judicatarum auctoritate nitatur, vid. Ferrar. *in form. libell. pro leg. rei agn. num. 5.* Gonnez. 1. *resolut. 1. n. 11. & 12.* Everh. *in Top. a Falcid. ad Trebell. loco 34.* Gail. 2. *observ. 138. num. 16.* Clar. §. *testam. q. 61.* Mantic. 7. *de conject. conj. ultim. vol. 11. 12.* Fachin. 5. *controv.* 4. Perez. *ad tit. Cod. de jur. del. num. 4. & Cod. ad Senatusconf. Trebell. num. 10.* Christin. *vol. 1. decis. 316. & vol. 4. decis. 25. 51. & 52.* D. Tulden *comm. in tit. præc. cap. 3.* Apparet tamen ex allegatis a Christinæo, sic fere usu receptum esse, ut etiam detractio quartæ Senatusconsulti expresse prohiberi possit, præter quam in liberis primi gradus, quod etiam apud nos obtinere refert Grot. 2. *manud. 20.* Intellige autem per liberos primi gradus non tantum filios, sed etiam nepotes, &c. quos nemo in suo ordine antecedit. Ob inventarium vero non confectum hæredem non amittere quartam Senatusconsulti: & ita sæpissime judicatum, Mynf. 3. *obs. 60.* Gail. *d. obs. n. 3. & 6. Cec. Cur. Holl. 3.* add. citatos a Christ. *dict. dec. 51. num. 3.* Jure Canonico liberis universali fideicommisso gravatis duplex detractio permissa est, legitimæ & Trebellianicæ, *cap. Raynutius, 16. de test.* quod quamquam legibus civilibus incognitum est, vid. Cujac. 8. *obs. 5.* Hotom. *illust. q. 43.* usu tamen etiam in foro civili per totum mundum receptum esse, & tamquam Evangelium practicari, testantur Bald. & Jas. *in auth. res quæ Cod. comm. de legat.* Castr. *in leg. jubemus, 6. C. ad SC. Tr.* Christin. *vol. 1. dec. 245. & decis. 315.* eoque jure etiam nos utimur. Grotius 2. *manud. 20.* Dec. Cur. *Holl. 3. & 17.* In cæteris, quod ad hunc juris articulum attinet, sequimur in his regionibus jus commune. Grot *dict. loc.* Gudel. *l. 2. de jur. nov. c. 11.* ubi tamen dubitari posse scribit, an in locis, in quibus hæredes instituti pro legatariis habentur, ut apud Gandavenses & Cortracenses admittenda sit Falcidiæ aut Trebellianicæ detractio: & magis existimat admittendam non esse, *arg. leg. lex Falcid, 47. §. 1. ad leg. Falcid.* VINN. Jus *capituli Raynutius & Rainaldus de testamentis*; invectum, jure civili incognitum esse plerique statuunt cum Cuj & Vinnio nostro. Sed non inepte id negaveris. Nam (1) dum jus civile jubet ante computationem quartæ Falcidiæ, (adeoque & Trebellianicæ,) deduci æs alienum: profecto etiam deduci voluit portionem hæreditatis legitimam, quippe quæ recte æri alieno accensetur, *leg. 8. §. 8. ff. de inoffic. test. l. 67. §. 1. ff. de legat. 2.* Deinde (2) *in leg. 6. C. ad Senatusc. Trebell.* diserte Zeno: *Idem*, inquit, *in retinenda legis Falcidiæ portione obtinere jubemus: & si pater vel mater filio, seu filiæ, institutis hæredibus, legaverit, eos easve nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus suis, ac deinceps restituere hæreditatem.* Permittit ea lex liberis, fideicommisso obstrictis, ut possint detrahere quartam pro auctoritate Trebelliani Senatuscon-

sul-

fulti; sed *addit*, in eam quartam nec reditus, nec quartam Falcidiam imputari. Quartam autem Falcidiam non aliam hic esse, quam portionem legitimam, acute observavit Vir Clarissimus A. A. Pagenstecher. *in Aphor. h. t.* §. 164. Sane & alibi portio hæc vocatur quarta Falcidia, ut *leg.* 8. §. 9. & 14. *ff. de inoffic. test. leg.* 31. *Cod. eod.* & apud *Paul. Recept. Sent. lib.* 4. *t.* 5. §. 5. Qui jam ab aliis observatum, portionem hanc vel lege Falcidia, vel ex ejusdem rationibus fuisse introductam. Vide Joan. a Cost. *ad princ. Inst. de inoffic. testam.* & Vir. Schulting. *Jurisp. ante Just.* p. 381. Ex quo patet, Pontificem in istis capitulis Interpretem magis juris civilis, quam legislatorem egisse. Dissentit D. Harpec. *Diss. de jure deducendi duas quartas*, cujus argumentis tamen facile satisfieri posset, si id jam ageretur. HEIN.

Vel repetere solutum) Solutum scilicet errore facti, *l. error*, 9. *Cod. ad leg. Falc.* Repetitur autem hoc non beneficio Senatusconsulti, sed jure communi, quo ejus, quod per errorem quacumque ex causa solutum est, omnibus repetitio conceditur. De quo diligentius suo loco.

Pro rata portione) Si pars tantum hæreditatis restitui jussa est, pro parte non restituta actiones apud hæredem remanent, pro restituta transeunt in fideicommissarium. Si tota hæreditas, aut integra alicujus hæredis portio, si hæres eam totam restituit, (sponte, an coactus nihil refert) transferuntur actiones omnes, si dodrantem retenta quarta ex Senatusconsulto, pro dodrante transferuntur, pro quadrante remanent, *leg.* 1. *C. h. t.* Atque in hoc differt hæres fiduciarius ab eo, qui legatis oneratus est, qui solus cogitur respondere creditoribus. Dividuntur autem actiones pro competenti cujusque parte, simul atque facta est restitutio, id est, si hæres verbo dixerit se restituere, aut per epistolam vel nuntium restituerit, quamvis fideicommissarius nondum nactus sit rerum possessionem, *leg. restituta*, 37. *leg. facta*, 63. *in princ. h. t.* Quod autem etiam in ponenda ratione Senatusconsulti deduci dicitur æs alienum, *l.* 5. *eod.* eo nihil aliud significatur, quam quod in constituenda summa bonorum ineatur etiam ratio æris alieni, idque de bonis deducatur, ut sciri possit quantum æris alieni in fideicommissarium cum portione restituta transeat, quantum apud hæredem cum portione retenta maneat. Fingamus, quingenta in bonis esse; ex his centum deberi. Hic fideicommissario restituentur ccclxxv. ac pro hac portione, id est, pro novem unciis, transferetur in eum onus æris alieni cxxv. retinebit hæres, pro quarta parte ipse a creditoribus conveniendus erit. Sic enim omnino res transigenda est, postquam placuit, actiones pro rata parte in utrumque dari. Quod non satis recte mihi explicuisse videtur VVesemb. & post eum Christ. *vol.* 4. *dec.* 53. *n.* 5. Quamvis autem hæres fiduciarius pro parte sua onus æris alieni subeat; onera tamen legatorum ad solum fideicommissarium spectare, communiter placuit. Accurs. *in leg.* 1. §. *ult. h. t.* DD. *in leg.* 2. & *leg. ult. Cod. eod.* Tolosan. 42. *syntagm.* 31. *n.* 3. D. Tulden. *comment. in hunc tit.* c. 4. Quæ sententia, etsi Donello in *dict. leg.* 2. falsissima, mihi tamen vera videtur. Nam cum quarta pariter ex legatis & fideicommisso detrahatur, *l.* 3. §. 2. *eod.* utique ex residuo dodrante, quem rerum hæres restituit, legatariis satisfaciendum: alioqui non habiturus esset hæres quartam integram: nisi dicamus, hæredem nihilominus a legatariis recte pro sua parte conveniri, & quod solvit a fideicommissario eum repetere debere, sibique imputare, quod portionem de dodrante non retinuerit. Sed hoc in proposito dici non potest; quoniam auctoritate senatus, dodrante, unde omnia legata præstanda sunt, restituto, actiones legatariorum in fideicommissarium transferuntur, qui conventus, quod sibi detractum legatarii pro rata imputabit, *argum. leg.* 3. *in princ. eod.* Plane si antequam restitutio facta est, legatarii petant; puto hæredem exceptione adjuvari non debere, cum, si solvat, hoc minus ex causa fideicommissi restituat, *arg. leg. ita tamen*, 27. §. *qui ex Trebell.* 7. *in fin. eod.* Quod si hæres minus dodrante restituere rogatus est; pro eo, quod ultra quartam habet, etiam legatorum & fideicommissorum specialium onera ad eum pertinere, certum est, *leg.* 1. §. *pen. eod.* Salic. *in dict. leg.* 2. & *leg. ult.* Grot. 2. *manuduct.* 10. Mynsing. Schneid. *hic.* Ad quem casum plerique Glossam etiam referunt *dict. leg.* 2. Bach. in *not. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 14. *thes.* 9. putat, hanc *dict. leg.* sententiam esse, quod fideicommissarius cogatur pati, ut tam de sua parte, quam de legatis quarta detrahatur, cum concurrentibus legatariis de restituenda hæreditate agitur.

Nec damno, nec commodo) Quod merito placuit. Nam neque damnum ullum hoc casu sentire hæredem æquum est, propterea quod coactus contemplatione alterius adit: neque commodo aliquo frui debet, ne quartæ quidem, quoniam adit periculo alieno, *leg.* 5. *h. t.* de quo etiam dictum §. proxime præced.

TEXTUS.

De quibus hæredibus & in quibus fideicommissariis supradicta locum habeant?

§. *Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse hæres institutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte restituere rogatur: an ex parte hæres institutus, aut totam eam partem partis aut partim restituere rogatur. Nam & hoc casu eadem observare præcipimus, quæ in totius hæreditatis restitutione diximus.*

COMMENTARIUS.

Sententia hujus loci satis plana est. Nota tantum qui ex asse institutus est & rogatus, aut totam hæreditatem aut partem ejus restituere potest, vel ultro adeundo & restituendo, partem quartam aut quod quartæ deest retinere, remanentibus & migrantibus pro rata actionibus creditorum, vel suspectam hæreditatem dicendo, exonerari, totamque transferre in eum, qui adire cogit, *leg. cogi*, 16. §. *si quis*, 4. *h. t.* verum etiam, si quis ex parte & verbi causa si ex semisse hæres institutus sit, rogatusque partem illam restituere, potest quartam partem hujus partis, & in proposito sesquiunciam retinere, ut actiones hæreditariæ pro rata remaneant & transeant. Potest & partem totam ultro restituendo, aut adire recusando, Prætorisque jussu adeundo, omnes actiones abs se removere, & transferre in fideicommissarium. Denique qui partem partis, ex qua institutus est, restituere rogatur, potest similiter si quartam partem suæ partis salvam judicio defuncti non habeat, quod ei deest, retinere; & recusans adire, desiderante fideicommissario cogi a Prætore, ut adeat, totamque illam partem restituat cum

omni

omni onere & commodo ei adjuncto. Nimirum hic etiam locum habet vulgata regula; *Quod juris est in toto quantum ad totum, idem juris est in parte quantum ad partem, leg. quæ ad tota, 76. de rei vind. leg. 3. pro derel. §. si rem, 12. in fin. supr. de leg.* Simile est, quod supr. §. 1. *de leg. Falcid.* docuit in singulis hæredibus rationem legis Falcidiæ poni. Exempli gratia. Si quis ex semisse hæres institutus sit, rogatusque partem illam restituere, potest quartam partem hujus partis retinere.

TEXTUS.

De eo, quod hæres voluntate testatoris deducit, percipitve.

9 *Si quis una aliqua deducta, sive percepta, quæ quartam continet, (veluti fundo vel alia re,) rogatus sit restituere hæreditatem, simili modo ex Trebelliano Senatusconsulto restitutio fiet, perinde ac si quarta parte retenta, rogatus esset reliquam hæreditatem restituere. Sed illud interest, quod altero casu, id est, cum deducta sive percepta aliqua re restituitur hæreditas, in solidum ex eo Senatusconsulto actiones transferuntur, & res, quæ remanet apud eum hæredem, sine ullo onere hæreditario apud eum remanet, quasi ex legato ei acquisita. Altero vero casu, cum quarta parte retenta rogatus est hæres restituere hæreditatem, & restituit, scinduntur actiones & pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium: pro quadrante remanent apud hæredem. Quia etiam licet una aliqua re deducta aut percepta, restituere aliquis hæreditatem rogatus sit, in qua maxima pars hæreditatis contineatur, æque in solidum transferuntur actiones: Et secum deliberare debet is, cui restituitur hæreditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interveniunt, & si duabus pluribusque rebus deductis perceptisve, restituere hæreditatem rogatus sit. Sed etsi certa summa deducta perceptave, quæ quartam vel etiam maximam partem hæreditatis continet, rogatus sit aliquis hæreditatem restituere, idem juris est. Quæ autem diximus de eo, qui ex asse institutus est, eadem transferimus & ad eum, qui ex parte hæres scriptus est.*

NOTÆ.

9. *Una aliqua re deducta*) Qui certa aliqua re aut summa deducta rogatus est hæreditatem restituere, similis est hæredi, cui ex re certa instituto cohæres simpliciter datur; nam & illum & hunc pro legatario haberi placet, *leg. 1. §. ult. h. t. l. pen. Cod. de hær. inst.*

In qua maxima pars hæreditatis) Nam pretium rei non mutat rationem juris: onera autem non patitur, nisi qui partem jure hæreditario retineat, *dict. l. 30. §. 2.* Quod si res deduci jussa quartam partem non exæquet, poterit hæres quod deest, jure hæreditario retinere, per *l. 1. §. 16. eod.*

Duabus pluribusve) Ratio, quia semper inspicitur, utrum qua pars jure hæreditario hæredi attribuatur, an in rebus singulis.

Qui ex parte hæres) Ut si percepta re aliqua rogatus sit restituere, res illa apud eum sine onere remaneat.

COMMENTARIUS.

1 *An & quatenus in casu proposito, consumpta portione restituta, legatarii & creditores cum hærede agere possint?*

Supra t. *de hær. inst. sub §. & si plures, 8.* docuimus, si quis solus ex re certa institutus fuerit, eum perinde hæredem fieri, omniumque bonorum hæreditatem obtinere, ac si simpliciter sine ulla mentione rei scriptus esset, ex *leg. 1. §. si ex fundo, 4. dict. t. l. cohæredi, 4. §. ult. de vulg. & pupill.* Ac si plures instituti sint, quidam ex re certa, alii simpliciter aut ex parte hæreditatis, tum eos solos hæredes effici, qui simpliciter aut ex quota scripti sunt; quæ ex certa aut summa, pro legatariis haberi, *leg. pen. Cod. de hær. inst.* nisi hæredes partis universæ defecerint: tunc enim idem juris esse, ac si instituti in re singulari ac initio soli fuissent. Huic posteriori speciei similis est, quæ hoc loco proponitur, videlicet cum quis, deducta certa re vel summa, rogatus est hæreditatem restituere. Restituta enim in proposito hæreditate, fideicommissarius instar cohæredis est, hæres instar ejus, qui ex re certa institutus, cohæredem habet scriptum simpliciter. Quamobrem recusante quidem fideicommissario hæreditatem recipere, solus qui rogatus est & adiit, hæres erit: at hæreditate recepta, jam solum fideicommissarius hæredis locum obtinet, alter tamquam cohæres ex re certa vicem subit legatarii.

Una reliqua re) Quæ *præcedd.* §§. dicta sunt, de scissione actionum hæreditariarum inter hæredem fiduciarium, qui parte reliqua ex voluntate defuncti retenta, aliquam hæreditatem restituit, & fideicommissarium Trebellianum, ea tunc obtinere hic docemur, quando quis rogatus est hæreditatem restituere retenta parte aliqua hæreditatis seu assis, sive ut vulgo Interpretes loquuntur, deducta quota. Aliud autem longe esse, si quis percepta re aliqua, veluti fundo, aut summa, puta centum aureis, restituere rogatus sit, quamvis ea res vel summa quartam partem vel amplius contineat. Nam etsi hic quoque similiter restitutio ex Senatusconsulto Trebelliano fiat, actiones tamen nullas pro parte retenta, nullave onera hæreditaria apud hæredem remanere, sed hæc omnia transire ad fideicommissarium, hæredemque perceptum habiturum jure legatarii, id est sine ullo onere hæreditario, quo constet legatarios non premi, *leg. si hæred. 32. mand. leg. ult. Cod. de hær. act.* Marcianus breviter & dilucide rem totam proponit in *leg. si legatus, 30. §. 3. h. t. Multum interest*, inquit, *utrum qua pars jure hæreditaria retinentur, an vero in re vel pecunia: nam superiore casu actiones dividuntur inter hæredem & fideicommissarium; posteriore vero apud fideicommissarium sunt actiones.* Huc pertinet *leg. 1. §. ult. eod.* Quod si hæres coactus a Prætore adierit, etiam commodo perceptionis privabitur, *leg. ita, 27. si perceptis, 14. eod.*

Quæ quartam continet) Quod si res deduci jussa quartam partem non exæquet, tum hæres vel ad supplementum agere poterit, vel quod quartæ deest, jure hæreditario retinere, Gloss. & DD. *hic arg. §. sed quia, 7. h. t. l. 1. §. si hæres, 16. eod.* Æquum autem tunc esse, ut hæres saltem pro ratione istius supplementi creditorum actiones excipiat, utique in subsidium censent Gloss. in *d. l. 1. §. ult.* Cantiunc. & Mynsing. *hic.*

Ex Senatusconsulto Trebelliano) Ante transfusionem Pegasiani in Trebellianum, si hæres non ultra dodrantem re-

restituere jussus erat, restitutio fiebat ex Senatusconsulto Trebelliano. Hoc cum nostri dicunt, perpetuo significant, actiones pro parte transferri. Si amplius dodrante, restitutio fiebat ex Pegasiano. Quo casu actiones apud hæredem remanebant, & stipulationes interponebantur, secundum ea, quæ tradita sunt, §. *ergo*, 6. *eod.* Hodie remoto Pegasiano distincte pro parte restituta actiones transeunt. In casu autem proposito etiam antea restitutio fiebat ex Trebelliano, *l.* 1. *si hæres*, 10. *eod.* actionesque in solidum transferebantur: quoniam hæres, apud quem nulla pars jure hæreditario remanet, similis est legatario.

In qua maxima pars hæreditatis) Finge eum, qui quadringenta possidebat, rogasse hæredem, ut percepto fundo, qui trecentorum erat, hæreditatem Titio restitueret. Hic enim si fundus iste maximam partem hæreditatis, id est, dodrantem contineat, nihilominus tamen reliquo restituto in solidum actiones in Titium transferuntur. Neque enim pretium vel rationem juris mutat, aut efficit, quominus res sit singularis. (1) Cæterum hoc casu consumpta portione restituta, fideicommissario subveniendum esse, hæredemque pro eo, quod ultra quartam habet, legatariis respondere debere, tradunt Cantiunc. & Mynsing. *hic.* Et multo ergo magis pro eadem quantitate tenebitur creditoribus: quippe quibus in subsidium etiam pro tota ea parte, quam percepit, teneatur, si hæreditas solvendo non sit, ut vult idem Mynsing. & Gothofr. *in annot. marg. ad Schneid.* quod etiam tamquam certum atque apud nos quoque receptum tradit D. Grotius 2. *manud. c.* 20. Etsi autem forte rationi juris veteris hæc non satis conveniunt, & fortassis nec novo, si fideicommissarius inventarium facere neglexerit, quo casu obligatur ultra vires receptæ hæreditatis; novo tamen juri consentanea videntur, ubi fideicommissarius inventarium ex præscripto Justiniani fecit, aut hæres a se factum ei cessit. Quorum alterutrum satis est ad exonerationem æris alieni, quatenus modum hæreditatis excedit, per ea, quæ habet Bartolus *in l. in ratione*, 11. §. *quod vulgo*, 5. *ad l. Falc.* *n.* 8. & 10. Quamquam Bachovius putat, etiamsi ipse fideicommissarius solvendo non sit, hæredem tamen in subsidium convenire non posse, cum aliud remedium creditoribus paratum sit, & præcipue hoc, ut si putent hæredem non esse solvendo, bonorum separationem petant.

Et secum deliberare debet) Cautius faciet, si jure deliberandi non utatur, sed novo beneficio inventarii, quod a Justiniano datum omnibus, quibus deliberandi potestas est de adeunda aut suscipienda hæreditate, §. *extraneis*, 5. *supr. de hær. qual.*

Si duobus pluribus) *si ita tamen*, 27. §. *si perceptis*, 14. *h. t.* Quippe non multitudo rerum relictarum, sed modus relinquendi juris differentiam inducit, inspiciturque semper, utrum qua pars in hæreditate seu jure hæredi attributa sit, an in rebus singulis hæreditariis. Mynsingerus imperite rem hæreditariam cum quota hæreditaria confundit.

Sed ei certa summa) Huc ergo pertinet *lex* 1. §. 17. *eod.* quem locum perperam DD. comm. alio trahunt, nimirum ut probent, etiam retenta quarta parte hæreditatis, actiones legatorum in solidum in fideicommissarium dari: quamquam vera mihi videtur propositio.

Ad eum, qui ex parte) Pone, eum, qui quadringenta habebat, duos hæredes instituisse, singulos ex semisse, alterumque rogasse, ut deducto fundo, qui centum valet, aut deductis centum, partem suam restitueret L. Titio. Titius recepta hæreditate solus pro semisse actiones excipit: cum, ubi partis dimidiæ hæres rogatus est, ut retenta parte quarta aut quadrante suæ portionis restituat, at qui restituit, pro sextante obnoxius maneat:

TEXTUS.

De fideicommisso hæredis ab intestato.

10 *Præterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hæreditatem suam totam partemve ejus, aut rem aliquam, veluti fundum, hominem, pecuniam, alicui restituat: cum alioqui legata nisi ex testamento non valeant.*

COMMENTARIUS.

10 *Intestatus moriturus*) Poterat dubitari, quia legitimi & honorarii hæredes nihil a defuncto accipiunt, sed illos lex, hos Prætor vocat, ejus autem, qui a defuncto nihil accipit, fideicommitti non potest, *l.* 9. *Cod. de fideic.* Sed huic dubitationi occurrit Pal. *leg.* 8. §. 1. *de jur. eod.* Ulp. *l.* 1. §. 6. *de leg.* 3. Nimirum etiam his hæreditatem tacite a defuncto relinqui, dum eos non excludit alios instituendo; quod pro jure suo facere poterat.

NOTÆ.

1 *Ratio cur etiam a legitimis & honorariis hæredibus fideicommissum relinqui possit.*

2 *An fideicommissum a legitimo hærede relictum, successione propter repudiationem primi gradus agnati ad sequentem devoluta, debeatur?*

Fideicommissum tam hæreditatis, quam singulare, non solum testamento, verum etiam codicillis relinqui potest. Quid ei observandum sit, qui testamento relinquere fideicommissum hæreditatis velit, didicimus §. 2. *sup. h. t.* nimirum ut directo testamentario hæredem instituat, atque ab eo relinquat. Codicillis potest quidem & ab hærede testamentario relinqui, *l.* 3. §. 2. *l.* 8. *in princ. eod.* Ulp. *t.* 25. §. 9. Cæterum potest & ab eo, qui ab intestato venturus est, sive legitimus sit, sive honorarius successor, *d. l.* 3. *pr.* *d. l.* 8. §. 1. Unde quamvis de instituto tantum hærede senatus loquatur, *l.* 1. §. 2. *h. t.* tamen ad legitimum quoque & honorarium per interpretationem Senatusconsultum extensum est, *d. l.* 1. §. 5. & §. 7. *l.* 6. §. 1. *eod.*

Intestatus moriturus) Dubitari potuit, an a successore legitimo aut honorario fideicommissum recte relinquatur. Sic enim jus est, ut ab eo, qui nihil a defuncto accipit, nihil per fideicommissum relinqui possit, *l.* 9. *Cod. de fideic.* Legitimi autem hæredes aut honorarii nihil a defuncto accipiunt, sed illos lex duodecim Tabularum ad hæreditatem vocat, hos Prætor ad bonorum possessionem. Verum hæc dubitatio facile tolli potest. Quamvis enim in casum non ademptæ hæreditatis legitimi hæredes a lege, honorarii a Prætore vocentur; tamen cum defunctus eos testamento facto excludere potuisset aliis hæredibus institutis, (salva utique portione liberis & parentibus debita) hæc-

hæreditatem ipsis tacite relinquere videtur, dum non adimit, quod pro jure suo facere poterat. Atque hoc est, quod Jurisconsultus significat in *l.* 1. §. *sciendum* 6. *de l.* 3. cum ait, *fideicommitti eorum posse, ad quos aliquod perventurum est, vel dum ipsis datur, vel dum non adimitur*: in quam sententiam eleganter Paulus *leg.* 8. §. 1. *de jur. cod. Ideo*, inquit, *fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur paterfamil. sponte sua his relinquere legitimam hæreditatem*. (2) Ex quo etiam hoc efficitur, neminem posse fideicommittere hæredi ab intestato, nisi qui testamentum facere posset, *l.* 3. *in princ. de jur. cod.* Ulpian. *d. tit.* §. 3. Estque hoc juris exploratí, eos, qui testamentum facere non possunt, nec codicillos posse, *l.* 6. §. 3. *l.* 8. §. 3. *de jur. cod.* De illo quæsitum est, si quis intestatus decedens ab eo, qui primo gradu ei succedere potuit fideicommissum, reliquerit, si illo repudiante, ad sequentem gradum devoluta sit successio, an fideicommissum debeatur. Negat Ulpian. *d. l.* 1. §. *pen. de legat.* 3. quod tamen idem affirmare videtur *l. si Titio* 61. §. 1. *de legat.* 2. & Julian. *l. de jur. codic.* Doctores vulgo cum Accurs. & Bart. *ad dd. ll.* interesse respondent, utrum simpliciter hæredes ab intestato venientes gravati sint, an aliquis nominatim: illo casu fideicommissum a quolibet succedente deberi, hoc casu non deberi, nisi a cohærede gravati portionem suam repudiantis; quoniam is in portione accrescente similis est substituto, *arg. d. l.* 3. *de jur. cod.* junct. *l. pater meus*, 29. 1. 1. *de legat.* 2. add. Bart. *in l. cum pater* 77. §. *cum existimaret* 29. *de legat. eod.* quæ distinctio rationem habet. Ant. Faber, *conj.* 15. contendit, vitiosam esse lectionem, *dict.* §. *pen. l.* 1. *de legat.* 3. legendumque dempta negatione, *fideicommissum debere*. Mihi tam periculosa confidentia non placet.

Legata nisi ex testamento) Legatum olim non nisi testamento aut codicillis testamento confirmatis dari potuit; credo quia civilibus verbis atque imperativis legis modo relinquebatur. Ulpian. *tit.* 24. fac. *leg. si ita* 38. *de cond. & dem.* quibus tantum in testamento locus erat. Unde definitur legatum, donatio testamento relicta, *leg.* 36. *de legat.* 2. Scilicet inconveniens visum est, pro imperio aliquid mandare ei, quem non defunctus, se lex hæredem facit. Probabile tamen est, legata codicillis ab intestato data, interpretatione plerumque adjuta: atque ut vim fideicommissi haberent, benigne recepta fuisse, *argum. leg. Scævola* 76. *hoc titul.* Hodie autem postquam constitutione Justiniani confusa est legatorum & fideicommissorum natura, *l.* 2. *Cod. comm. de legat.* hanc etiam differentiam sublatam esse tenebimus & legata quoque ab intestato relicta directo valere, contra Joann. Fabrum. Angeſ. & Giphan.

T E X T U S.

De fideicommisso relicto fideicommissario.

11. *Dum quoque, cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursus alii, aut totum, aut partem, vel etiam aliquid aliud restituat.*

COMMENTARIUS.

NON modo hæres de restituenda hæreditate aut parte ejus rogari potest, verum etiam fideicommissarius, ut vel totum, vel partem ejus, quod accepit, rursus alii restituat: atque in hac etiam restitutione placet actiones ex Senatusconsulto transferri in fideicommissarium, secundum *leg.* 1. §. *de illo* 81. *hoc titul.* posse & cogi primum fideicommissarium, qui totam hæreditatem, cum suspecta diceretur, recipit, totam restituere, *leg. si patroni* 55. §. 1. *eodem.* Solus autem hæres beneficio legis Falcidiæ utitur, id est, jus quartæ retinendæ habet, *leg. lex Falcidia* 47. §. 1. *ad leg. Falcid.* Etenim cum semel adita est hæreditas, omnis defuncti voluntas rata constituitur, *dict. leg.* 55. §. 1. Proinde cæteri, quatenus cœperunt, & rogati sunt restituere, fideicommisso obstringuntur, *leg. Lucius* 78. §. *hæres* 11. *hoc titul.* similiter, ut legatarii, a quibus fideicommissum relictum est, *leg. pænales* 32. §. *si Titio* 4. *ad leg. Falcid.* Plane si hæres, ut priori fideicommissario donaret, jure suo usus non sit, posse quartam secundo fideicommissario detrahi, responsum est, *leg.* 1. §. *unde Neratius* 19. *hoc tit.*

T E X T U S.

De probatione fideicommissi.

12. *Et quia primo fideicommissorum cunabula a fide hæredum pendent, & tam nomen, quam substantiam acceperunt, ideo D. Augustus ad necessitatem juris ea retraxit. Nuper & nos eumdem Principem superare contendentes, ex facto, quod Tribonianus vir excellentissimus, Quæstor sacri palatii, suggessit, constitutionem fecimus, per quam disposuimus, si testator fidei hæredis sui commisit, ut vel hæreditatem, vel speciale fideicommissum restituat; & neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero: qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari; sed vel pauciores, vel nemo penitus testis intervenerit: tunc sive pater hæredis, sive alius quicumque sit, qui fidem hæredis elegerit, & ab eo restitui aliquid voluerit; si hæres perfidia tentus adimplere fidem recusat, negando rem ita esse subsecutam; si fideicommissarius ei jusjurandum detulerit, cum prius ipse de calumnia juraverit; necesse eum habere, vel jusjurandum subire, quod nihil tale a testatore audiverit, vel recusantem ad fideicommissi vel universalis vel specialis solutionem coarctari; ne depereat ultima voluntas testatoris fidei hæredis commissa. Eadem observari censuimus; etsi a legatario, vel fideicommissario aliquid simililer relictum sit. Quod si is, a quo relictum dicitur, (postquam negaverit) confiteatur quidem, aliquid a se relictum esse, sed ad legis subtilitatem recurrat, omnino solvere cogendus est.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando dispositioni hoc* §. *locus?*
2 *Non mutari constituta l. ult.* §. *ulo. Cod. de codicill. nec. l.* 25. *Cod de fidit.*
3 *Hæredem in specie proposita non posse jusjurandum referre.*
4. *Glossema in fine textus observatum.*

AUdivimus supra, fideicommissorum originem, nomen & substantiam a fide hæredum manasse. Hinc Justinianus argumentum sumit mirifici in fideicommissa favoris, ut quemadmodum ex sola fide hæredum ab initio pendebant, ita & sola religione hæredum, quorum præ-

præsentium fidei aliquid commissum est, nunc consistant, nec ordinariam probationem desiderent. Constitutum hoc a Justiniano, *l. ult. Cod. de fideicomm.*

(1) *Neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero*) Quando testator, contempta omni alia probatione scripturæ vel testium, fidei solius hæredis committit, ut aliquid præstet, placet Justiniano, fideicommissum ab hærede præstandum, idque, sive neget hæres, fideicommissum a se relictum, & jusjurandum super ea re sibi delatum subire recuset, sive ultro fateatur, esse a se relictum, sed dicat, se non teneri, quia non solemniter relictum sit, *dict. leg. ult.* Prius verbis constitutionis expressum est; alterum ex priore colligitur. Cur enim hæres jurare recusans fideicommissum solvere cogitur? Non aliam utique ob causam, quam quod recusatio jurisjurandi tacitam confessionem habet, *l. manifestæ 38. de jurejur.* ut proinde multo magis fideicommisso eum obstringi oporteat confessione aperta. Quia autem & prior casus nonnihil iniqui habere videtur, & utroque jus novum, ac contrarium ei, quod de numero testium in ultima voluntate adhibendo placitum est, continetur, ideo constitutionem suam adversus tacitas objectiones munivit. Si quis enim forte objiciat, iniquum esse, ab hærede fideicommissum exigi citra ullam probationem, respondet, illud hac in re iniquum non esse, ubi hæres jurejurando sibi delato in sua causa constituitur testis & judex, ut sit in ejus potestate non teneri, jurando se nescire quicquam relictum esse. (2) Si quis dicat, in omni suprema voluntate ad minimum requiri quinque testes, *l. ult. §. ult. C. de codic.* respondet, id justum esse, cum res per testes probanda est, ne quid falsitatis admittatur, cujus nihil in specie proposita metui potest: quoniam testimonium ab ipso hærede, eodemque debitore, exigitur. Quod ergo traditum est in *leg. si veritas 23. C. de fideic. cum similib.* ex imperfecta scriptura nihil deberi, hoc etiam nunc manet; & nisi de fide scripturæ, quam testator servari voluit, justo numero testium constet, fideicommissum exigi non poterit. Consule Mantic. *de conject. ult. volunt. lib. 2. tit. 15. n. 3.* Qua autem ratione motus jus hoc introduxerit Justinianus, in calce constitutionis exponit.

Qui in fideicommissis legitimus) Hoc a Theodosio primum constitutum est, *d. l. ult. §. ult. Cod. de codic.* Antea cum numerus testium in codicillis definitus non fuerit, vel duos idoneos sufficisse arbitror, *argum. leg. ubi numerus 12. de testib.* de quo plenius sub §. *inf. de codic.* Manet autem nunc etiam jus constitutum *d. leg. ult. §. ult. Cod. de codic.* ut ex hoc loco intelligitur. Nam quod *hic & d. l. ult. C. de fideicomm.* Justinianus sancit, tunc solum obtinet, cum defunctus rem, quam præstari voluit, fidei hæredis præsentis commisit extra testamentum aut codicillos.

Cum prius ipse de calumnia juraverit) Id est, se non calumniandi seu vexandi hæredemque religione urgendi animo jusjurandum deferre; sed quia ita se rem habere sibi plane persuasum sit; quod jusjurandum, licet alias in usu esse desierit; tamen in omni judicialis jurisjurandi delatione, si exigatur, est præstandum, juxta *l. jusjurandum 34. §. 5. de jurejur.* Damboud. *prax. civil. cap.* 151. Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 8.*

Vel jusjurandum subire) Conditione jusjurandi in judicio delata, regulariter reus jurare cogitur, aut referre, aut solvere, *leg. 9. Codice de reb. cred.* Manifestæ enim confessionis esse creditur; nolle jurare, aut jusjurandum referre, *leg. manifestæ 38. de jurejur.* (3) Ac in proposito ne referre quidem hæres potest: quippe cum hic agatur non de eo, quod uterque scire potest, sed quod solus hæres, & cujus actor ignarus est: quo casu relationi non est locus, *leg. Marcellus 11. & seqq. rer. amot. dict. leg. jusjurandum 34. in pr. de jurejur.* & ita recte Mynsing. Schneid. Wesemb. *hic* mirumque est, veteres Interpretes in re tam manifesta variare.

(4) *Postquam negaverit*) Hæc verba neque in ipsa constitutione Justiniani reperiuntur, & testibus Cujacio, Russardo, Hotomanno, Contio, Fabroto, desunt in veteribus codicibus, neque Theophilus ea agnoscit; & Joann. Faber quoque refert, se Bononiæ aliquot codices vidisse, a quibus aberant. Quare suspicare licet, glossema esse. Si vero retineantur, non ita accipienda sunt, quasi non alia conditione hæres in specie proposita fideicommisso obligetur, quam si prius negaverit, & ad jusjurandum actus jurare recuset: sed ideo posita; quia hic casus solum verbis expressa fuit. Cæterum simpliciter, quisquis confitebitur, de fideicommisso obligabitur: neque enim pœnæ causa hic quidquam constitutum, ut hæredis inficiatio coerceatur; in quo falluntur DD. comm. Bart. Salic. Castr. Sichard. *ad dict. leg. ult.* Mynsing. Schneid. *hic.* sed totum voluntatis testatoris servandæ causa, ut diserte scriptum est in extremo *dict. leg. ultim.* & tenent Joann. Fab. & Jason. *in dict. leg. ultim.* & quos etiam ex facto consultos, non attenta communi opinione, in reponendo secutus est quondam Curiæ nostræ Coryphæus Reinerus ab Amsterdam. Atque hæc sententia probatur etiam a Wesemb. *hic.* Donello in *dict. leg. ultim.* nec alienus Mantica *dict. lib. 3. titul. 13. num. 5.*

TITULUS VIGESIMUS QUARTUS.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

Continuatio, & argumentum Tituli.

HActenus de fideicommissis universalibus, quibus scilicet hæreditas, aut pars hæreditatis relinquitur, quæ a legatis multum differant: sequuntur nunc fideicommissa specialia, quibus relinquuntur res singulæ, quorumque & legatorum eadem ex constitutione Justiniani natura est, idemque effectus; nam exæquatio illa legatorum & fideicommissorum, de qua agitur §. 3. *sup. de legat. & leg.* 2. *Cod. comm. de legat.* ad sola fideicommissa particularia pertinet, ut demonstravimus in explicatione *dict. §. 3. princ. tit. prec.* Docet hic Imperator, a quibus fideicommissa singularum rerum relinqui, tum quæ res per ea relinqui possunt; postremo in genere, quibus maxime verbis fideicommissa relinqui solent.

T E X T U S.

Summa.

Potest tamen quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti fundum, argentum, hominem, vestem & pecuniam numeratam, & vel ipsum hæredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium quamvis a legatario legari non possit.

N O T Æ.

Vel legatarium) Interdum & in contractibus fideicommissum constituitur, exempl. in *leg. 26. de pos. l. 77. de leg. 1.*

A legatario legari non possit.) Hoc etiam ad jus vetus referendum. Ulpian. tit. 24. §. 19. Cujus *lib. 2. tit. 7.* Nam hodie hæc quoque differentia sublata, utique quod a legatario legatum est, valebit nunc jure fideicommissi, *arg. l. 2. Cod. comm. de legat.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Cur olim a legatario legari non potuerit, & an hodie possit?*

Fundum, argentum, hominem, vestem) Hæc nomina generalia quidem sunt, verum specifice hic sumuntur; intelligitur enim certa species ex eo genere relicta, *leg. legato 37. de legat. 1.* Cæterum & si quis fundos suos omnes, omne argentum, vestem omnem, omnes servos per fideicommissum reliquerit, nihilominus tale fideicommissum speciale est, & simile legato.

Vel legatarium) Singulæ res per fideicommissum non solum ab hærede relinqui possunt, verum etiam a legatario. Possunt & ab hærede hæredis vel legatarii, *leg. 5. §. 1. de legat. 3.* Idem juris est de fideicommissario etiam rei singularis, §. 1. *hoc titul. leg. ab eo 9. Cod. de fideicommissis*, & a donatario mortis causa, *l. cum pater 77. §. 1. de legat. 2. l. 8. §. 2. de transact.*

(1) *A legatario legari non possit.*) A legatario legari non posse, quamvis fideicommissa ab eo recte dentur, discimus etiam ex Ulpian. *tit. 24. §. a legatario 19* & Cajo *lib. 2. tit. 7. §. 5.* Cujus differentiæ hæc ratio esse videtur, quod legata verbis civilibus & imperativis relinquuntur, quibus uti in eum solum liceat, quem universi juris successorem esse volumus, & locum nostrum subire. Differit autem ita Justinianus, quasi hæc differentia etiamnum obtineret, quod etiam Giphanio videtur, eo quod differentia naturalis sit, quoniam nulla legandi a legatario formula dari potest. Ego vero a communi & recepta Interpretum sententia non recedo, qui censent, etiam hanc differentiam una cum cæteris hodie sublatam esse, legataque non minus quam fideicommissa a legatario relinqui posse, *per l. 2. Cod. comm. de legat.* Equidem concedo, non omnibus legandi formulis, cum a legatario legatur, locum esse: sed quod Giphanius ait nullum dari posse, id nego. Per præceptionem hæredi a cohæredibus dumtaxat legari constat. Non video etiam, quomodo per vindicationem possit a legatario legari. Etenim si testator, postquam legavit, *Titio fundum Tusculanum do lego*, mox eumdem fundum Sejo leget hac formula: *Sejo eumdem fundum Tusculanum do lego*, aut sic: *Sejus fundum Tusculanum sibi habeto*: aut conjunctio erit, aut ademptio. At damnationis formulæ hic usus esse potest: *Titius damnas esto partem dimidiam fundi, quem ei legavi, dare Sejo*: *Titium legatarium meum centum Sejo dare jubeo.* Nam & olim magna erat legatis per damnationem cum fideicommissis affinitas, & nonnulla verba communia utriusque generis, ut jubeo, volo, impero, damno, vid. *inf. §. ult.* Quin etiam sinendi modo a legatario recte legari, defendi potest, veluti si testator dicat, *L. Titius legatarius meus damnas esto sinere Cod. Sejum sibi habere partem fundi, quem ipsi legavi.* Non obstat, quod Justinianus simpliciter scribit, a legatario legari non posse: nam præcedenti quoque titulo §. *præterea* 10. simpliciter scripsit, legata nisi ex testamento non valere. Omnes quippe §§. in quibus observat differentiam inter legata & fideicommissa, ex constitutione sua emendationem recipere voluit: quamvis separatim ita tractet, quasi differentiæ adhuc manerent, id quod se facturum antea testatus est §. *sup. legat.* quo permixtio & similitudo noviter introducta clarior esset & facilior. VINN. Quin hodie legata etiam a legatario relinqui possint, dubitandum non videtur. Vix tamen arbitror ex principiis juris veteris locum fuisse legato damnationis. *Damnas esto* formula est legislatoria. Testator autem erat quasi legislator non ratione legatarii, quem non damnare, sed locupletare debebat, sed ratione hæredis, tamquam successoris singularis. Ergo hujus juris ratio reddenda non est ex natura formularum. Nam revera formula nulla legato a legatariis relicto quadrabat, sed ex generali illo principio, quod hodie legata & fideicommissa ejusdem naturæ esse censeatur. HEIN.

T E X T U S.

Quæ relinqui possunt?

1. *Potest autem non solum proprias res testator per fideicommissum relinquere, sed & hæredis, aut legatarii, aut fideicommissarii, aut cujuslibet alterius. Itaque & legatarius & fideicommissarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat, quæ ei relicta sit; sed etiam de alia, sive ipsius, sive aliena sit. Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit: nam quod amplius est, inutiliter relinquitur. Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est, ei qui rogatus, aut ipsam rem redimere & præstare, aut æstimationem ejus solvere.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Jam olim communia fideicommissis cum legatis.*
2. *Declaratio regulæ: Neminem posse rogari, ut plus restituat, quam ipse cepit.*

(1) Multa etiam olim fideicommissis communia cum legatis fuere, quale est hoc quod hic traditur de re, quæ testatoris propria non sit, per fideicommissum relicta. Res, quæ, cum in commercio sit, testatoris propria non est, eam necesse est vel hæredis esse, vel legatarii, aut fideicommissarii, vel tertii alicujus, quæ sola in hac tractatione plerumque aliena dicitur, ut notavimus §. 4. *supr. de legat.* Quemadmodum igitur non solum res testatoris legari potest, sed etiam hære-

hæredis, *d.* §. 4. ita sciamus, non solum rem testatoris, sed etiam hæredis per fideicommissum relinqui posse: & quod responsum est, valere hujusmodi legatum, etiamsi testator existimaverit rem suam esse, *l. unum 67. si rem* 8. *de legat.* 2. id ad hujus generis fideicommissum quoque pertinere. Contra quemadmodum res, quæ legatarii est, ei inutiliter legatur, §. *sed si rem* 10. *sup. de legat.* ita & fideicommissario rem, quæ ipsius sit, inutiliter relinqui. De re legatarii aut fideicommissarii alteri relinqui. De re legatarii aut fideicommissarii alteri legata quæ olim non potuit, quia ab his legari non licebat, sed tantum fideicommissum dari. Nunc vero etiam in legatis huic quæstioni locus est. Sed hoc præterit Justinianus; quippe cui hic sermo est de fideicommissis, non considerata legatorum cum his exæquatione. Ait, per fideicommissum relinqui posse etiam rem legatarii, aut fideicommissarii, a quo scilicet relinquitur, non cui relinquitur. Sed quid si in proposito defunctus putaverit rem suam se relinquere? Dicimus, nihilominus valere fideicommissum eadem ratione, qua, si res hæredis esset, valeret, *arg. d. l. unum 67. §. si rem* 8. *de legat.* 2. *d.* 4. *supr. de legat. cum ibi notat.* Porro illud quoque commune est, quod hic ait Justinianus, etiam rem cujuslibet alterius, quæ uno nomine in hoc argumento aliena dicitur, per fideicommissum relinqui posse: nam legari posse docuit *d.* §. 4. Denique illud etiam, quod eodem loco & plenius a nobis in commentariis relatum est, legatum rei alienæ non semper deberi, sed interesse, utrum testator sciverit, an ignoraverit, esse alienam, atque illo demum casu, non hoc, valere legatum, nisi conjectura voluntatis aliud suadeat, sciendum est, ad fideicommissum quoque rei alienæ pertinere, *l.* 10. *Cod. de legat.*

Etiam de alia, sive ipsius) Legatarii scilicet qui rogatur, aut fideicommissarii primi: nam per fideicommissum non modo reddendi onus imponi potest, sed etiam dandi. Ipsi vero fideicommissario rem suam inutiliter relinqui existimo, *arg.* §. *sed si rem* 10. *sup. de legat.* & mutuæ exæquationis legatorum & fideicommissorum, quicquid contra disputet Bachovius.

(2) *Ne plus rogetur quisquam restituere*) Hoc summam rationem habet. Ut enim liceat morientibus eam legem, quam velint, suis rebus dare, tamen hoc licere nemini debet, ut aut alium, cui nihil dedit, oneret, aut oneret quemquam supra id, quod ei reliquit, & disponat de alieno, *l.* 1. §. *si quis* 37. *ad SC. Treb. l.* 1. §. *sciendum* 6. *de legat. l.* 3. 4. *filiusf.* 114. §. 3. *de legat.* 1. *l.* 9. *Cod. de fideic.* Hujus autem regulæ complures traduntur exceptiones, quæ tamen non tam exceptiones sunt, quam declarationis regulæ. Cujusmodi est, quod, si alicui centum legata sint, & is duplum post tempus restituere rogatus sit, placet, valere fideicommissum etiam ultra summam legatum, quatenus intermedio tempore usuræ perceptæ eam excedunt, *l. imperator* 70. §. 1. *de legat.* 2. Tale item est illud, quod, qui acceptis centum rogatus sit rem propriam quamvis majoris pretii, restituere, is, agnito legato, fideicommisso obstringitur: quoniam agnoscendo legatum non majoris rem suam æstimasse videtur, *d. l. imperator* 70. §. 1. *in fin.* Item hoc quod traditum est, si cui fundus legatus sit, atque is cum fundum restituere sit rogatus, & centum dare, valere fideicommissum, si legatarius interim centum ex fructibus perceperit, *dict. l. filiusf.* 114. §. 3. *de legat.* 1. Denique etiam illud, quod duabus rebus disjunctim legatis, atque ea, quæ pretiosior est, restitui jussa, fideicommissum debeatur, licet legatarius viliorem elegerit, propterea quod eam, quæ pluris erat, eligere potuisset, *leg. plane* 24. §. 2. *de legat.* 1.

Redimere & præstare, aut æstimationem ejus solvere) Re aliena per fideicommissum relicta, is, qui rogatus est, vel redimere eam debet & præstare, vel si dominus eam non vendat, æstimationem ejus inferre, perinde ac juris est in rei alienæ legato: *leg. non dubium* 14. §. 2. *l. qui quatuor* 30. *ult. de legat.* 3. quod latius explicatum *sup.* §. 4. *de legat.*

TEXTUS.

De Libertate.

2. *Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut hæres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommissarius: nec interest, utrum de suo proprio servo testator roget, an de eo, qui ipsius hæredis, aut legatarii, vel etiam extranei sit. Itaque & alienus servus redimi & manumitti debet. Quod si dominus eum non vendat, (si modo nihil ex judicio ejus qui reliquit libertatem, perceperit,) non statim extinguitur fideicommissaria libertas, seu differtur, quoad possit tempore procedente, ubicumque occasio servi redimendi fuerit, præstari libertas. Qui autem ex fideicommissi causa manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus sit: sed ejus, qui manumittit. At is, qui directo ex testamento liber esse jubetur, ipsius testatoris libertus fit; qui etiam Orcinus appellatur. Nec alius ullus directo in testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris fuerit, & quo faceret testamentum, & quo moreretur. Directo autem libertas tunc dari videtur, cum non ab alio servum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult.*

COMMENTARIUS.

1. *Liberi orcini, & numquid juris in eos familiæ?*
2. *Differentiam libertatis directæ & per fideicommissum datæ non tolli* l. 2. comm. de legat.
3. *L.* 58. de man. test. *cum aliis locis conciliata.*

Etiam libertates per fideicommissum dari possunt; & quidem largius, quam directo, cum non tantum propriis servis, sed etiam alienis per fideicommissum libertas dari possit, modo vulgaribus atque evidentibus verbis voluntas testatoris exprimatur, teste Licinio *in leg. libertates* 16. *de fideic. libert.* Quod ait, non tantum propriis, sed etiam alienis, ex eo intelligitur, directo servis alienis libertatem dari non posse; quod etiam expresse rescriptum est in *leg.* 9. *Cod. de testam. man.* Putaverit tamen quis, etiam in casu libertatis defendi ei posse fideicommissariam, *arg. leg. generaliter* 24. §. *si quis* 10. *l. fideicomm. libert. l.* 10. §. *ult. de testam. tut.* Sed obstant memorati textus, & maxime *l.* 9. *Cod. de testam. man.* quo loco rescribitur, nec hæredis servo directo libertatem dari posse. Quod si directo data saltem in vim fideicommissæ valeret, id utique Imperatores consulti non dissimulassent, & in *leg. si servus*, 108. §. *si servus*, 9. *de legat.* 1. tale legatum dicitur esse nullius momenti. VINN. Nec obscura est ratio. Nam si hæres directo damnatus esset servum alienum manumittere, istud legatum frustraneum fuisset, si dominus eum liberum fieri nollet, adeo

adeo ut nec æstimatio legatario præstari potuisset. Non poterat autem res aliena aliter legari, quam ut, domino eam vendere nolente, legatario æstimatio præstaretur. §. 4. *Instit. de legat.* Fideicommissorum autem quum esset benignior interpretatio, judicarunt veteres, illis, & servo alieno libertatem relinqui posse, eatenus ut expectetur emendi opportunitas. Et hinc etiam reddi poterit ratio, cur in *l. 30. ff. de manumi. testam.* servo proprio, qui apud hostem est, servitus directo relinqui potest, quia quamvis hujusmodi servus in præsens non sit testatoris; tamen vel æstimatio præstari potest, id est, λύτρα, vel si id repudietur, spes superest servum postliminii jure in potestatem hæredis rediturum. HEIN.

Vel legatarius vel fideicommissarius) Qui, si testatoris servus est, ab hærede eum rediment & manumittent: si modo quod a defuncto iis relictum est, agnoverint.

Aut legatarii) Quo casu legatarius accepto legato cogetur servum manumittere, etiamsi fortasse minus sit in eo, quod accepit, quam in pretio servi, *del. generaliter 24. §. si quis 12. de fideic. libert.* quia non pluris servum suum æstimasse videtur, *l. sed si 36. ad leg. Falc.*

Aut etiam extranei) *l. 6. Cod. de fideic. libert.* Cæterum legatarius alienum servum manumittere rogatus, non aliter erit cogendus, quam si tanti possit redimere, quanti est id, quod ex judicio defuncti consecutus est, *d. l. generaliter §. si quis.*

Non statim extinguitur libertas) Si dominus servum suum, cui libertas per fideicommissum relicta est, vendere nolit, non ideo protinus fideicommissum extinguitur; sed expectanda est emendi opportunitas, *dict. l. 6. Cod. de fideic. libert.* equidem æstimatio hic præstari non potest, ut in casu §. *præc. in fin.*

Ejus, qui manumittit) Cui per fideicommissum libertas relinquitur, is ejus libertus efficitur, a quo manumissus est, *l. 7. Cod. de fideic. libert.* Cæterum hic manumissor jus patronatus in eo tantum acquirit, ut contra tabulas & ab intestato ad bona ejus venire possit: at non ut etiam operas ei possit imponere, aut impositas ab eo petere, *l. qui ex causa 29. de bon. libert.*

Ipsius testatoris) Directa libertas ipso jure statim ab adita hæreditate competit, *l. 19. Cod. de testam. man. leg. testamento 23. & l. 25. ff. de man. test. l. quæro 32. §. ult. de test. tut.* (1) Itaque is, qui directo testamento liber esse jubetur, testatoris libertus fit, ut hic ait Justinianus: quam ob causam libertus *Orcinus* appellatur, quasi *Orci libertus*, ante ejus, *qui ad Orcum demissus est: Acheronticus* a Cujacio, Χαρωνίτης a Theophilo vocatur eadem forma, qua *Orcini senatores*, quorum in *Augusto cap. 35.* meminit Svetonius, a Plutarcho in *M. Antonio* Χαρωνῖται dicuntur. Orciniorum crebra in libris nostris mentio est, *l. 3. §. 3. de legit. tut. l. 8. de hær. inst. l. domi. de pecul. leg. l. alias 2. §. per contrarium 10. de dot. prælæ. l. 2. de statu lib. l. 4. §. hi qui 12. de fideic. lib. 10. Cod. de test. man. l. 8. Cod. de jur. & fact. ign.* Orcini etiam liberti efficiuntur, qui latitante hærede vel legatario rogato manumittere, ad libertatem perducuntur, quique ob necem domini detectam præmium libertatis consequuntur, *l. cum quasi 30. §. quærendam 12. l. si is 49. de fideic. libert. l. 5. qu. sinne man.* Igitur Orcini cum eum patronum habeant, qui esse desiit, non male dicuntur liberi nullius esse. *l. 4. in princ. de bon. libert.* Legimus tamen, Orcinos ad familiam testatoris pertinere, *l. 3. §. 3. de legit. tut.* libertos familiæ fieri, *l. si fœtus, 48. de manum. test.* liberos, & cognatos jus patronatus in Orcino habere, *l. un. §. sed et si 7. Cod. de latin. lib. toll.* Qua de causa suspicari licet, quamvis familia plenum juspatronatus in Orcino non habuerit, quædam tamen jura, ut in liberto habuisse. (2) Porro hac differentia etiam post constitutionem Justiniani, quæ directo & per fideicommissum data exæquata sunt, *leg. 2. Cod. commun. de legat.* retinenda est: quippe quam voluntas testatoris facit, & quæ tolli sine injuria ejus, qui a testatore rogatus est, manumittere non potest; cui aliqui eriperetur jus patronatus, quod defunctus eum habere voluit: in quo consentiunt omnes Interpretes paucis recentiores exceptis.

Quo faceret testamentum & quo moreretur) Hoc item traditur in *leg. Servius 35. de man. test.* Neque obscuram rationem habet. Nam cum alieno servo inutiliter libertas directo ab initio detur, ex postfacto ea datio convalescere non potest propter regulam Catonianam, & quamvis servo proprio data sit, si tamen is servus tempore mortis in aliena potestate est, vindicare libertatem nequit. Proinde quod apud Marcianum *l. verum 58. de man. test.* legimus, eum, qui liber esse jussus est, alienatum a testatore, si ante aditam ejus hæreditatem rursus hæreditarius factus sit, hæreditate adita ad libertatem pervenire, sic omnino accipiendum est, si superstite testatore in potestatem redierit: nam jacente hæreditate, qui mortis tempore testatoris non fuit, hæreditarius fieri nequit. Plane, si servis testatoris, qui apud hostes sunt, libertas directo data sit, placet, hos libertatem consequi, quandocumque ab hostibus reversi sint, licet neque testamenti, neque mortis tempore testatoris fuerint, *l. si servi 30. de man. testam.*

Velut ex suo testamento) Αὐτόθεν, protinus ex testamento: cum testator servum suum se mortuo simpliciter liberum esse jubet, nec ab alio libertatem dari mandat.

T E X T U S.

De verbis fideicommissorum.

3. *Verba autem fideicommissorum hæc maxime in usu habentur.* Peto, rogo, volo, mando, fidei tuæ committo: *quæ perinde singula firma sunt, atque si omnia in unum congesta essent.*

N O T Æ.

3. *Peto, rogo, &c.*) Hæc verba dicuntur precaria & precativa, opponunturque civilibus, directis & imperativis; *vid.* Ulpian. *tit. 25.* Paul. 4. *sentent.* 1. Hodie autem de verbis laborandum non est, postquam Justinian. verbum omne significans legitimum sensum testatoris, legare aut fideicommittere volentis, utile atque validum esse jussit, *leg. 2. Codice comm. de leg.*

COMMENTARIUS.

1. *Verba imperativa interdum vim habere precariorum.*

(1) RECensentur hic a Justiniano verba fideicommissorum maxime usitata, & quæ vulgaria dicuntur in *l. libertate 16. de fideic. lib.* nam increscente progressu temporis favore fideicommissorum longe plura recepta sunt, placuitque, fideicommissum etiam aliis verbis relictum valere, veluti his, *cupio des*, *opto des*, *credo te daturum*, *exigo*, *desidero ut des*, *volo hæreditatem meam Titii esse*, *scio*, *non dubito*, *te hæreditatem meam restituturum Titio*, *leg. etiam 115. leg. & nos 118. de leg. 1. l. num. 67. §. ult. de legat. 1. l. Pamphilo 39. de legat. 3.* Potius *4. sent. 1.* scribit, his omnibus verbis fideicommitti posse: *Rogo*, *peto*, *mando*, *deprecor*, *cupio*, *injungo*, *desidero quoque*, & *impero*. Quod Paulus *impero* quoque inter verba fideicommissi numerat, id non videtur convenire differentiæ, quam Ulp. *tit. 24. & 25.* facit inter legata & fideicommissa: legatum definiens, quod imperative relinquitur, fideicommissum, quod precative: perinde enim hoc est, ac diceret, legatum esse, quodcumque verbis imperativis, quæ alias directa & civilia vocantur, relinquitur; fideicommissum, quod verbis precativis sive precariis. Sed sciendum est, verba imperativa sæpe vim habere precariorum, quod ex objecto & voluntate testatoris æstimandum est. Etenim si sic dicat; *L. Titio hæredi meo impero, ut servum meum Stichum manumittat*, proculdubio hic per fideicommissum libertas data intelligitur. Idemque est, si dixerit, *Jubeo*, aut *hæres damnas esto manumittere*. Similiter si imperaverit hæredi, ut hæreditatem aut rem aliquam restituat, valebit hoc jure fideicommissi, tamquam verbo precario relictum. Et cur minus eo verbo relictum valeat, quam si dicat: *jubeo*? quod etsi directum est, Ulp. *d. tit. 24. §. 3. l. 2. C. comm. de legat.* vim tamen precarii habere constat, quoties quid restitui jubetur, *l. Lucius 88. §. quisquis 10. de legat. 2. l. Aurelius 28. §. ult. de lib. leg.* aut minus etiam quam *volo*: quod cum imperativum sit, tamen in fideicommissis est usitatissimum. Quod si ita dixerit: *Impero tibi hæres, ut L. Titio centum des*, hoc jam non fideicommissum erit, sed legatum. Nihil enim interest, *impero*, quis dicat, *an hæredem meum dare jubeo*, aut *hæres damnas esto dare*. Ulp. *d. tit. 24. §. 3.* Verbo *relinquo & commendo* negat Paulus *d. loc.* ullam fideicommissi actionem parere. De verbo *commendo* constat, *l. 11. §. 2. de legat. 3. l. 12. C. de fideic. libert.* At ex verbo *relinquo* videtur fuisse petitio fideicommissi *l. Lucius 78. §. filiam 8. ad SC. Treb.* Sed de eo nunc laborandum non est, postquam Justinianus omne verbum significans testatoris legitimum sensum, legare vel fidei committere volentis, utile atque validum esse jussit, *leg. 2. comm. de legat.* Sæpe enim, quod notandum est ex conjectura voluntatis fideicommissum inducitur, cum verba fideicommissi non sunt, aut sunt fideicommissi inutilis, si sola spectantur exempla in *leg. facto, 17. in pr. l. si quis 29. ad SC. Treb. l. cum proponebatur 64. l. peto 69. in pr. de legat. 2. l. 11. §. si quis ita 4. leg. ult. §. 3. de legat. 3.* Consulantur Matheac. *epit. legat. lib. 1. cap. 3.* Chiflet. *lib. 2. de jur. fideic. 18. & 20.* Mantic. *lib. 7. & 8. de conject. ult. vol.* D. Tulden. *comm. in tit. praec. cap. 3.*

TITULUS VIGESIMUS QUINTUS.

DE CODICILLIS.

Dig. Lib. 29. Tit. 8. Cod. Lib. 6. Tit. 36.

Ratio ordinis. Codicilli unde dicti? eorum definitio, & divisio. Summa Tituli.

VIderi alicui poterit disputatio de codicillis non recte subjecta tractationi de successione ex testamento quippe cum si codicilli tantum facti sint, succedatur ab intestato. Verum Justiniano, ut apparet, propositum hic maxime fuit agere de codicillis a testato factis, quis pars sunt testamenti, ejusque jus sequuntur. Sed codicilli ab intestato facti speciem quamdam testamenti exhibent, *leg. ab intestato 16. hoc tit.* Codicilli dicti sunt parvi codices, id est, tabellæ ex codicibus, aut ligno. Itaque quemadmodum testamentum codex appellatur, Juven. *satir. 10. Cod. sævo Hæredes vetat esse suos*, quia testamentum in codicibus tantum scribebatur, sive tabulis grandioribus; ita voluntas suprema minus solemnis aut plena, codicilli, & aliquando numero unitatis codicillus, *leg. si ita 38. de cond. & dem. hoc tit. l. 14. C. de testam.* propterea quod scribi solita erat in codicillis, id est, tabulis brevioribus & tenuioribus, ita factis, ut facile, quo cuique commodum esset, circumferri atque in sinu gestari possent. Et igitur codicillus ὑποκοριστικὸν a codice: quamquam obtinuit, ut etiam nuncupata imperfecta voluntas codicillus dicatur, *leg. 13. Cod. de sacrosanct. Eccles. ult. Cod. de bon. libert. leg. ultim. §. ultim. Cod. de codicill.* quemadmodum hæredi nuncupato dari dicitur bonorum possessio secundum tabulas, licet tabulæ nullæ sint, *leg. 2. Cod. de bon. poss. sec. tab.* Codicilli igitur sunt supremæ voluntatis testatio minus solemnis; eorumque, ut & testamenti, duo sunt genera; scripti, in quibus voluntas scribitur; non scripti, in quibus nuncupatur. Primum hic commemorat Justinianus, a quibus, & quam ob causam usus codicillorum introductus comprobatusque sit; deinde modum ordinationis, & quæ res codicillis relinqui possint, ostendit. VINN. Non opus est ambagibus circa vocis *Codicillus* originem. Codicilli veteribus sunt Epistolæ, vel scripturæ ad alios missæ. Vid. Cic. *ad Fam. IV. 12. VI. 18. ad Attic. lib. 12. Epist. 8. ad Quint. Fratr. lib. 11. Epist. 10.* Imprimis ita vocatæ litteræ ad præsentes missæ. Sen. *Epist. 8. 55.* Quia ergo codicilli plerumque præscribebantur in forma epistolæ, *l. 56. ff. de fideic. libert. l. 37. §. 2. leg. 32. §. 3. ff. de legat. 3. leg. 30. §. 1. ff. de adim. vel transf. leg.* Brisson. *de Formul. lib. 8. pag. 686.* & non retinuerunt. HEIN.

T E X T U S.

Origo.

Ante Augusti tempora constat, codicillorum jus in usu non fuisse: sed primus Lucius Lentulus, ex cujus persona etiam fidei commissa esse cœperunt, codicilli introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, ut faceret aliquid. Et cum Div. Augustus volun-

voluntatem ejus implesset, deinceps reliqui ejus auctoritatem sequuti, fideicommissa præstabant; & filia Lentuli legata, quæ jure non debebat, solvit. Dicitur autem Augustus convocasse sapientes viros, interque eos Trebatium quoque cujus tunc auctoritas maxima erat, & quæsisse, an posset recipi hoc, ne absonans a juris ratione codicillorum usus esset: & Trebatium suasisse Augusto, quod diceret utilissimum & necessarium hoc civibus esse, propter magnas & longas peregrinationes, quæ apud veteres fuisset: ubi si quis testamentum facere non posset, tamen codicillo. Post quæ tempora, cum & Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.

N O T Æ.

Codicillorum jus) Codicilli sunt supremæ voluntatis testatio minus solemnis; non in hoc comparata, ut testamentum sit, *l.1. l.13. §.1. h. t.* Et possunt quoque confici ab intestato, §. *seq.* Imperfecta igitur est definitio Græcorum Theoph. *hic*. Harm. *lib.5. t. 7. §.3.* in Basil. *lib. 36. t. 1.* ἐλλειπούσης ἐνδιαθήκου γνώμης ἀναπλήρωσις, aut, διόρθωσις τῆς διαθήκης, *testamenti suppletio aut correctio*.

Jure optimo admitterentur) Eorumque recepta duo genera, scripti, in quibus voluntas scribitur, & non scripti, in quibus nuncupatur, *l.13. Cod. de Sacros. Eccl. l. ult. §. ult. Cod. h. t.* quamquam obstat nominis ratio, vid. Hotom. & nostra *in comm.*

COMMENTARIUS.

Lentulus, ex cujus persona etiam fideic) Quod ait, a persona Lentuli & fideicommissorum & codicillorum usum cœpisse, non sic accipiendum est, quasi primus hic Lentulus fidei hæredis aliquid commiserit, aut primus fecerit codicillos: sed quod ille primus occasionem præbuerit, ut fideicommissa, quæ antea nullo juris vinculo continebantur, rata esse cœperint; iisque hæredes obligari; tum ut etiam codicilli, quibus antea nihil efficaciter dari poterat, accepti sint, & fideicommissa quoque codicillis relicta peti potuerint. Quis ille Lentulus fuerit, non constat; & parum refert. VINN. Immo constat, intelligi hic L. Lentulum, quem cum M. Valerio Messala consulem fuisse anno U. C. DCCLI. ex marmore apud Reinesium *Inscr. Class. 10.3. p.597.* discimus. Ei Pighius falso tribuit Cossi prænomen, quod ex marmoris istius fragmento Reinesius restituit. HEIN.

Testamento confirmatos) Testamento scilicet, quod antea Romæ aut in Italia fecerat, cum in eo scripsisset, se ab hæredibus suis petere, ut si quid postea codicillis relicturus esset, id bona fide præstarent. Exemplum testamenti, quo futuri codicilli confirmantur, habemus apud Marcellum *l. ult. de fideic. libert.*

Quibus ob Augusto petiit) Indicio hoc est, Augustum testamento Lentuli hæredem institutum fuisse saltem ex aliqua parte: & frequens erat illis temporibus, ut viri primarii Principem ex portione aliqua hæredem scriberent.

Deinceps reliqui) An reliqui testamento Lentuli Augusto cohæredes dati, ut vult VVesemb. Theophilum secutus; An potius alii aliorum codicillis, rogati, ut fere amant subditi exemplum Principis sequi, quod magis placet.

Et filia Lentuli legata, quæ jure non debebat) Non quia relicta incapacibus, τοῖς μὴ δυναμένοις λαμβάνειν, sed quia relicta codicillis, qui tunc temporis adhuc firmitudinem nullam juris habebant. Non est igitur hæc ratio, quod legata codicillis dari non poterant, in quo fallitur Wesembecius: sed quod nihil eorum, quæ codicillis, licet testamento confirmatis, scripta erant, valeret. Et præcedentia arguunt, *legata* hic positum pro *fideicommissa*. Plane postea receptum fuit, ut etiam legata codicillis testamento confirmatis dare liceret, *l.2. §.2. h.t. l. 8. §. ult. eod.* Apparet autem ex hoc loco, filiam quoque Lentuli ex parte hæredem a patre scriptam fuisse, cum tamen eo tempore vigeret adhuc lex Voconia; quod argumento est, filias partem aliquam hæreditatis paternæ per legem capere potuisse, atque ex ea parte etiam directo hæredem institui; qua de re scripsimus fusius supra ad §. *de fideic. hær.* Nulla igitur causa est, cur cum Hotomanno pro *filia* restituamus *filiæ*.

Convocasse sapientes viros) Augustus, ut erat Princeps prudentissimus, non temere aut inconsulto irrepentem in Rempubl. novum codicillorum usum confirmandum sibi putavit; sed prius explorare voluit judicium & sententiam virorum sapientum, *censerentne illi, posse hunc* usum recipi salva ratione juris constituti, tum an in eo tam evidens & justa civium utilitas versaretur, ut auctores sibi essent ejus moris comprobandi; exemplo suo docens, nihil novi juris sine consilio prudentum ac manifesta civium utilitate constituendum esse, juxta illud, quod præclare ab Ulpiano dictum est, *in rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet*, *l.2. de const. princ.*

Ubi si quis testamentum facere non posset) Propter civium Romanorum, qui ad testimonium necessarii erant, penuriam. De facto enim loquitur, non de jure, uti Jurisconsultus in *l.8. §.2. h.t.* nam testamenti factio loco alligata non est. DD. comm. *in l.1. C. de Sacros. Eccles.* Cæterum & illud palam est, eum qui testamentum facere non potest, nec codicillos posse, *l. divi, 6. §.3. d. l. 8. §.2. h.t.*

Cum & Labeo) Qui eodem tempore maximæ auctoritatis fuit, & a Trebatio institutus est, auctore Pomponio in *leg.2. §. post hunc, 47. de orig. jur.* VINN. Conferendi hic omnino Tacit. *lib.3. Annal. cap.75.* & Gell. *lib.13. cap.12.* Nos quoque de diverso Antistii Labeonis & Ateji Capitonis ingenio & prudenti Augusti consilio Labeonis sibi conciliandi nonnulla monuimus in *Antiq. Rom. lib. 1. t. 2. §. 39. p. 68.* HEIN.

T E X T U S.

Efficiens.

1 *Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed & intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quam si speciali voluntate postea confirmentur. Sed Divi Severus & Antoninus rescripserunt, ex iis codicillis, qui testamentum præcedant, posse fideicommissum peti, si appareat, eum, qui testamentum fecit, a voluntate, quam in codicillis expresserat, non recessisse.*

NOTÆ.

1. *Sed & intestato*) Codicilli ab intestato facti vicem testamenti exhibent, suisque ipsi viribus nituntur. Proinde quicumque intestati successor erit, etiam postea natus, codicillis relicta præstabit, *l.3. l.8. pr. & §.1.l. 16. cod.* nisi voluntas in hoc parata sit, ut testamentum esset, *l.1. l.13. §. 1. eod. l. 14. Cod. de test.* non adjecta scilicet clausula codicillari, *leg. propen. qui test. fac. l.4. §.3. de vulg. & pup. l.ult. §. 1. Cod. h. t.* Testamento autem facto codicilli vires ex testamento capiunt, & jus ejus sequuntur, *l.3. §.ult. dict. l.16. eod. l.1. Cod. eod.*

Papinianus ait) *l.5. eod.* & hæc Papiniani sententia receptissima erat Plinii temporibus, ut constat ex *lib.1. ep.16.*

COMMENTARIUS.

1 *Voluntatem in hoc paratam, ut testamentum sit, ne jure quidem codicillorum valere, nisi adjecta sit clausula codicillaris.*
2 *Testamento facto, codicillos quoscumque & quocumque tempore factos jus testamenti sequi.*
3 *Differentia inter codicillos confirmatos & non confirmatos; cæterum hodie sublata.*
4 *Quatenus ex his, quæ testamento cauta, mutare quid liceat?*
5 *Sententia extremorum verborum hujus §.*

Codicilli & ab intestato confici possunt, & facto testamento. Ab intestato facti suis ipsi viribus nituntur, & vicem testamenti exhibent. Proinde quicumque intestati successor erit, sive legitimus, sive honorarius, etiam postea natus, codicillis relicta præstabit, *leg.3. l.8. in princ. & §.1. ab intestato, 16. h. tit.* (1) Hoc unum exigimus, ut codicilli valeant, ne voluntas defuncti in hoc instituta sit, aut testamentum esset; quod eo pertinet, ut sciamus, eam voluntatem, quæ in codicillis valere potuit, si defunctus codicillos facere instituisset, non valere jure codicillorum ut voluntatem intestati, si in hoc parata sit, ut testamentum esset. Neque ad validitatem actus civilis sufficit forma, si agentis desit intentio, ut bene D. Tulden. *hic. cap. 2.* Itaque si quis, verbi causa, codicillis scripserit, hanc voluntatem suum esse testamentum, aut caverit, quæ sunt testamenti propria, nihil a legitimo peti poterit, *leg.1. illud, 13. §.1. hoc leg. propen. qui test. fac. leg. non codicillum, 14. Cod. de test.* nisi adjecerit, velle se eam voluntatem, si jure testamenti non possit, valere saltem vice codicillorum: quæ cautio vulgo clausula codicillaris dicitur: aut valere quacumque ratione poterit, sive, ut nunc fere, omni meliori modo, *dict. leg. propen. qui test. fac. leg. cohæredi, 41. §. 3. de vulg. & pup. l.3. in fin. de test. mil. l. Titia, 13. de inoff. l. Lucius, 88. §.ult. de leg. 2. l.ult. §.1. Cod. h.t.* de cujus clausulæ vi ac potestate, & an clausula codicillaris a testatore omissa, quibusdam casibus subintelligi debeat, denique an præsumendum sit, stylo, & consuetudine notarii eam clausulam adscriptam esse, an ex voluntate & scientia testatoris; vide Mantic. *de conject. ult. vol. lib.11. tit.9. & 19.* ad Gail. *obs.114.* Chislet. *lib. 3. de jur. fideicommiss.* Schneid. *hic cap. de claus. codicill.* & eruditissimum Jo: Deckerum *dict. 1. diss. 8. n.27. & seqq.* Christin. *vol.4. dec.32.* Ant. Fab. *Cod.suo h. t. fere per tot.* (2) Testamento autem condito codicilli, quocumque tempore facti fuerint, ad testamentum pertinent, viresque ex eo capiunt, etiamsi in eo confirmati non sint, *leg.3. §.ult. dict. l. ab intestato, 16. h. t.* denique infirmato testamento & codicilli concidunt, *l.1. C. eod. dict. leg.3. §.ult.* (3) Illud interest inter codicillos testamento nominatim confirmatos & non confirmatos, quod illis relicta etiam directo jure valent, veluti legata, & libertates directo datæ, *leg. libertatis, 43. de manum. test.* perindeque omnia habeantur, ac si in testamento scripta essent, excepta causa hæreditatis, *leg.2. §.2. h. t.* quo loco palam est, Julianum agere de codicillis confirmatis. At quæ codicillis non confirmatis relicta sunt, sive verbis directis, sive precariis, debentur jure fideicommissi, *arg. dict. leg.2. §.ult. illud, 18. §.1. h.t. leg. Scævola, 76. ad Senatusc. Trebell.* Illud enim dicere nolim, ea sola, quæ verbis precariis codicillis non confirmatis relicta sunt, valere; neque cum Antonio Fabro 15. *conj.15.* potentius esse jus codicillorum, qui ante testamentum facti sunt, quam eorum, qui postea scripti, quasi in illis, post rescriptum Imperatorum Severi & Antonini, etiam quæ directo relicta sunt, jure fideicommissi valeant, in his nihil nisi precariis verbis utiliter relinquatur. Quod perquam mihi absurdum videtur. Sed non est, quod de his amplius laboremus: cum enim confusa nunc sit legatorum & fideicommissorum natura, *leg. 2. Cod. comm. de leg.* dubitandum non est, quin legata codicillis etiam non confirmatis data directo nunc valeant.

Ante testamentum) Meminit tantum codicillorum factorum ante testamentum, quoniam quin codicilli post testamentum conditum scripti etiam sine confirmatione valerent, non videtur fuisse dubitatum, cum quod quisque postremum cavet, id ratum esse velle satis constet. Fuit quidem usitatum, ut etiam futuri codicilli testamento confirmarentur, ut apparet ex *leg. quædam, 7. & leg. seq. §. ult. leg. Plautiana, 18. de fideicommiss. libert. leg.6. leg.ult. Cod. eod.* sed id fieri solitum majoris securitatis gratia: nam ad validitatem codicillorum specialem hanc confirmationem non fuisse necessariam, patet ex *leg.3. §.ult. h. t.* nisi ad hoc, ut legata & libertates datæ directo valerent. Illud quæritur, quatenus codicillis posterioribus ex his, quæ testamento cauta sunt, mutare quid aut tollere liceat. (4) Hæreditatem codicillis adimi non posse, translatitium est. Quam ob causam nec conditio hæredi instituto codicillis adjici potest, *§. seq.* At potest hæres testamento scriptus codicillis rogari, ut hæreditatem restituat, *l. 2. C. h. t.* Possunt & fideicommissa testamento relicta codicillis adimi: quinimmo & legata, utique hactenus, ut legatarius ex testamento agens repelli possit exceptione doli mali, *arg. l. 4. §. præterea, 10. d. dol. mal. except.*

Quam si speciali postea voluntate) Papinianus existimabat, codicillos ante tabulas testamenti factos non aliter valere, quam si testamento, quod postea factum est, vel codicilli confirmarentur, aut prior voluntas quocumque judicio retineretur, *leg.5. h. tit.* motus, ut credibile est, hac ratione, quod qui post codicillos a se factos testamentum facit, mutet causam successionis, transiens a causa intestati ad causam testati. Quo

Quo facto videtur codicillos istos revocare una cum voluntate habendi hæredem ab intestato.

Divi Severus & Antoninus contra) Contra sententiam Papiniani, qui exigebat, ut voluntas codicillis expresso saltem novo aliquo judicio retenta probaretur. Imperatores ergo ne illud quidem in proposito exigunt, sed retentam voluntatem interpretantur, quæ mutata non ostenditur: ut jam mutatæ voluntatis probatio incumbat hæredi, cum ex sententia Papiniani retentæ voluntatis probatio exigeretur ab eo, qui ex codicillis quid peteret: atque ut nunc præsumptio sit pro codicillis, cum antea contra esset.

(5) *Si appareat eum, &c. non recessisse*) Hoc omnino sic accipiendum est cum clarissimo Divi Tuld. *c.ult. hic* ac si scriptum esset, *nisi appareat, eum, qui testamentum fecit, a voluntate, quam in codicillis expresserat, recessisse*. Satis enim apparet non recessisse ex eo ipso, quod non apparet recessisse. Alioqui dici non potest, quid novi circa jus codicillorum rescripto Severi & Antonini introductum sit, cum ipsi Papiniano suffecerit, voluntatem codicillis declaratam quocumque judicio retentam probari, ut bene disputat Ant. Fab. 15. *conj.* 15. Similis loquendi formula in eodem sensu etiam apud veteres occurrit, ut in *leg. dotem*, 30. *de jur. dot. l. generaliter*, 24. §. *sed etsi*, 8. *de fideicomm. libert. l.* 8. §. 2. *de novat.* neque enim semper æque accurate auctores juris loquuntur. Estque hæc communis usque recepta sententia, codicillos, nisi testamento postea facto revocati probentur, tacite confirmatos intelligi. Gloss. & Bartol. *in leg.* 5. *hoc tit.* Mantic. *lib.* 1. *de conject. ultim. volunt. tit.* 8. Mynsin. Scheneid. Wesemb. *hic*. Totoque judicio fallitur Hotomannus, qui scribit, hoc jure nos uti, ut nisi retenta voluntas probetur, codicilli per testamentum revocari videantur.

TEXTUS.

Materia.

2. *Codicillis autem hæreditas neque dari, neque adimi potest, ne confundatur jus testamentorum & codicillorum, & ideo nec exhæredatio scribi. Directo autem hæreditas codicillis neque dari, neque adimi potest: nam per fideicommissum hæreditas codicilli jure relinquitur. [illegible] conditionem hæredi instituto codicillis adjicere, neque substituere directo quis potest.*

NOTÆ.

[illegible] *itas neque dari*) *l.* 10. *coe. l.* 2. *C. eod. l.* 67. [illegible] neque confirmari, *l.* 2. §. *ult. h. tit. l. pen.* §. 1. [illegible] *de her. serv. hær.* quamvis cætera codicillis testamento confirmatis etiam directo dari possunt, *l.* 3. *de test. tut. l.* 43. *de man. test. l.* 2. §. 2. *hoc tit.* Non obstant *l.* 77. *de hær. inst. l.* 10. *de cond. inst.* Nam illic non proponuntur species hæreditatis codicillis datæ aut confirmatæ, sed datæ testamento, quod codicillis declaratur.

Neque adimi) Quæ testamento data aut lege debita, *l.* 4. *C. de his quæ ut indign.* Hoc autem superiori consequens est ex doctrina contrariorum, *leg. pen.* §. 1. *de cond. inst. l.* 2. *Cod. h. tit.* & ideo liberi codicillis frustra exhæredantur hoc text. fac *l.* 14. *Cod. de testam.*

Ne confundatur jus testam.) *L.* 7. *C. eod.* aliam rationem affert Papin. *l.* 10. *eod.*

Per fideicommissum) Seu verbis precariis, *leg.* 2. *Cod. h. tit.* quo casu hæres scriptus aut legitimus quartam partem sibi retinere potest ex *SC. supr. de fideicommiss. hæred.*.

Nec conditionem adjicere) Neque detrahere: qui adjicit, in defectum conditionis de ademptione hæreditatis cogitat, qui detrahit, de pure danda, quæ prius in defectum conditionis data non erat, *l.* 6. *h. tit. l. pen.* §. *ult. de cond. inst.*

COMMENTARIUS.

1 *Hæreditatem codicillis dari aut adimi non posse, nec si testamento confirmati sint; & quæ hujus juris ratio?*

2 *Regulam hanc intelligi de hæreditate directo danda, non per fideicommissum. Et quid inter hæc intersit?*

3 *Consequens esse superioris regulæ, instituto hæredi codicillis neque conditionem recte adjici, neque detrahi, neque directo substitui.*

(1) Ut cætera omnia codicillis vel ab intestato factis, vel a testato, licet testamento non confirmatis, relinqui possint, maxime novo jure post exæquationem legatorum & fideicommissorum, hæreditas tamen codicillis dari non potest, nec si testamento confirmati sint, *l. quod per manus*, 10. *hoc tit. l.* 2. *C. eod. l. Scævola*, 76. *ad SC. Treb.* & militis in hoc privilegium agnoscimus, quod codicillis hæredem facere possit, *l. militis*, 36. *de test. mil.* Datur enim hæreditas per institutionem hæredis aut substitutionem directam; quod solius testamenti proprium est, neque in ullum alium actum sive inter vivos sive ultimæ voluntatis aut donationis mortis causa conferri potest, *leg.* 7. *C. h. tit. l. licet* 19. *C. de pact. l. cum donationis*, 34. *Cod de transf. l.* 5. *C. de pact. conv. tam supr. det. l.* 4. *Cod. de inut. stip.* Non obstant species propositæ in *l. asse*, 77. *de hær. inst. l.* 10. *de cond. inst.* illic enim non proponitur hæreditas data aut confirmata codicillis, sed data testamento, quod codicillis declaratur, aut purificatur, ut loquitur Baldus. Hoc autem posito, hæreditatem codicillis dari non posse, consequens est ex doctrina contrariorum, nec codicillis posse adimi, scilicet his, qui vel in testamento scripti sunt, vel lege sunt hæredes, *leg. pen.* §. 1. *de cond. inst. l.* 2. *Cod. hoc tit. l.* 4. *Cod. de his quib. ut indig.* & ideo liberi codicillis frustra exhæredantur, fac *l. non codicillum*, 14. *C. de test.*

Ne confundatur jus testamentorum) Et ne alioqui, quod absurdum & præposterum est, per codicillos, qui ex testamento vim sumunt, ipsum testamentum, quod vires per institutionem hæredum accipit, confirmari videretur, ut Papinianus disputat in *d. l. quod per manus*, 10. *h. tit.* Nimirum si hæreditas codicillis vel dari vel adimi, posset, sequeretur, & confirmari testamentum & revocari per codicillos posse: denique idem posse, idem esse codicillos, quod testamentum. Cur ergo hæc distinguerentur? Cur diversum nomen inderetur iis rebus, quas vis ac potestas una sociasset? collectio est Constantini in *l.* 7. *C. h. tit.*

(2) *Directo autem hæreditas, &c. nam per fideicommissum*) Quod toties traditum est, *hæreditatem codicillis nec dari nec adimi posse*, sic accipitur, ut dire-

directo non possit dari, puta hærede codicillis instituto aut substituto, *dict. l. 7. hoc tit.* nec directo codicillis adimi, puta quæ aut testamento data est, aut lege debita, *l. 4. C. de his quib. ut indign.* Cæterum per fideicommissum seu verbis precariis etiam codicillis hæreditas jure relinquitur, *l. 2. hoc tit.* daturque & adimitur. Dari intelligitur ei, cui hæreditas restitui rogatur, adimi ei, qui rogatur restituere. Nam licet is ipso jure adhuc hæres maneat, manet tamen nomine tantum, effectu autem is hæres fit, cui hæreditas restituitur. Multum vero interest, utrum dicamus codicillis directo hæreditatem relinqui posse, an per fideicommissum dumtaxat: nam directo relicta semper tota capitur ab instituto; relicta per fideicommissum non capitur a fideicommissario, nisi imminuta detractione quartæ Falcidiæ, si is, qui rogatus est restituere, jure suo uti velit, qui pro ea parte etiam effectu tum hæres manet. Porro cum confirmatio quoque in speciem directæ dationis cadat, negat Jurisconsultus in *leg. 2. §. ultim. hoc tit.* hæreditatem testamento inutiliter datam posse codicillis quasi hæreditatem confirmari; sed tantum ex fideicommisso peti salva ratione legis Falcidiæ. Unde Justinianus secundum veteres leges sic definit, hæreditatem codicillis neque dari, neque confirmari posse, *leg. penult. §. 1. Cod. de nec serv. hæred. instit.*

(3) *Ne conditionem adjicere*) Hæredi pure instituto conditio codicillis adjici non potest, *l. Divi in pr. hoc tit.* quia scilicet conditione adjecta testator in defectum conditionis de ademptione hæreditatis cogitasse intelligitur, *l. quidam, 27. §. ult. de cond. inst.* Quod si codicillis adjicere conditionem institutioni non licet, multo minus licebit detrahere, cum hoc casu pure hæreditas detur, quæ prius in defectum conditionis data non erat.

Neque substituere directo) Nam qui directo substituit, in defectum prioris hæredis alium hæredem instituit. Est enim species institutionis substitutio, *l. 1. de vulg. & pup.* plane interdictum directis verbis facta in codicillis substitutio ad fideicommissum trahitur benigna interpretatione, *l. Scævola, 76. ad SC. Treb.* In universum autem si constet, aliquem, qui testamentum non habebat, codicillos, non testamentum facere voluisse, in ea scriptura directa institutionis verba ex voluntate defuncti, quamvis clausula codicillaris adjecta non sit, in vim fideicommissi valere placet, perindeque haberi, ac si legitimus hæres rogatus esset scripto in codicillis hæreditatem restituere, *leg. 13. §. 1. hoc tit.* & ibi Bart. Bald. & alii, & in *l. 7. de vulg. & pup.* eoque jure utimur.

TEXTUS.

Numerus & solemnitas.

3. *Codicillos autem etiam plures quis facere potest & nullam solemnitatem ordinationis desiderant.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur plura testamenta unius hominis esse non possint, plures possint esse codicilli?*
2 *Codicillos non esse omnino sine aliqua solemnitate ordinationis: quod tamen non pertineat ad confirmatos testamento.*
3 *Utrum mulier in codicillis recte testis adhibeatur.*

(1) Notantur hic & aliæ differentiæ inter testamentum, & codicillos. Plura testamenta unius hominis esse non possunt, quamvis pluribus codicibus seu exemplis unum idemque testamentum fieri possit, *§. penult. supr. de test. ord.* Nam cum unumquodque testamentum universam successionem contineat, si novissimam testatoris voluntatem servari placet, prius semper per posterius rumpatur necesse est, *§. 2. supr. quib. mod. test. infr.* Codicillos autem plures non modo pluribus exemplis quis facere potest, sed etiam diversos & diversarum rerum, *lib. 6. §. 1. h. tit.* nec quicquam per posteriores de prioribus detrahitur, nisi sint contrarii, *leg. 3. Cod. eod.*

(2) *Nullam solemnitatem ordinationis*) Existimo, hoc e veteris alicujus Jurisconsulti commentariis sumptum, qui ante Theodosium vixit, & forte ex Marciano *dict. l. 6. §. 1. h. tit.* Nam Theodosius quinque testes in codicillis requirit, atque ut uno eodemque tempore, hoc est, uno actionis contextu, coram iis negotium absolvatur, & si in scriptis fiant, etiam testium subscriptionem desiderat *l. ult. §. ult. Cod. h. tit.* Quæ sane declarant, codicillos nunc omnino esse sine solemnitatibus & subtilitate ordinationis, fac *l. ult. C. de fideic. §. ult. supr. de fideic. hær.* & jejuna illa quorumdam distinctio est inter solemnitatem ordinationis & probationis. Nam solemnitas omnis etiam in testamento non alia de causa requiritur, quam ut certo de voluntate defuncti constare possit. Enimvero in codicillis testamento confirmatis non puto necesse ea adhiberi, quæ a Theodosio præcipiuntur. Quippe quod his codicillis relictum est, perinde habetur, ac si ipso testamento relictum esset, *leg. 2. §. 2. hoc tit.* ut proinde ad horum relictorum vim solemnitas testamenti sufficere debeat, *arg. l. asse, 77. de hær. inst. l. 10. de cond. instit.* atque etiam secundum ipsam constitutionem Theodosii. Quæsitum est, an etiam mulier in codicillis testis adhiberi possit: vulgo placet posse, propterea quod non, uti in testamento, ita in codicillis expresse prohibita est testimonium dicere. Gloss. & DD. comm. in *dict. l. ult. §. ult. C. hoc tit.* Grass. *§. testamentum quæst. 57. num. 4.* Mynsing. Schneidt. *hic.* Cæterum mihi non fit verisimile, ullos actus solemnes adhibitis mulieribus apud veteres expediri potuisse; & Theodosius [illegible] qualitate & sexu, sed numero tantum testes codicillarios a testamentariis distinguit. Rev[illegible] scripsi ad *§. testes, 6. de supr. de test.* [illegible] codicillis adjici codicilli, item ut testamenta passim confic[illegible] scriptus coram duobus testibus & Tabulario, Jusque [illegible] *C. h. t.* [illegible] stamentorum ac codicillorum fere [illegible] codicillis *obs. rer. jud. 31. sect. penult.* Grot. 2. *introduct.* ut [illegible] Gronevv. *de legib. abrog. hic.* VINN. Defendit Vinnii sententiam satis operose V. C. Reinold. *in Vinn. cap. 5.* Sed res clara videtur. In testamentis condendis testibus opus erat talibus, quibuscum olim fuerat testamenti factio in comitiis calatis, quia is actus jure vetustissimo lex erat populi suffragiis perlata, jure novo solemnis mancipatio hæreditatis. Omnia ergo hic solemnia. At codicilli erant epistolæ, ut supra ostendimus. Quis epistolis testes adhibet; quis in iis solemnitatem requirit? Valebat hujusmodi epistola, etiam non obsignata, dum de ejus fide constaret, *leg. 89. pr. ff. de legat. 2.* quia enixæ voluntatis preces ad om-

[illegible] successionis speciem porrectæ videbantur, *l.* 77. §. [illegible] *ff.* [illegible]. Testes ergo adhibebantur ab iis, qui [illegible] fidei committebant. Et ita intelligenda *l.* [illegible] *de fideicomm.* Postea etiam in scriptis codi[illegible] [illegible] testatorum testium opus erat præsentia per *l.* 1. *C.* [illegible] *de test. & codicill.* non solemnitatis causa, *sed* [illegible] *successionis sine aliqua captione serventur.* Ergo non solemnitatis causa adhibendi, sed probationis caussa. Nec aliud voluit Theodosius, dum in omnibus codicillis testes requisivit, *l. ult. C. h. tit.* Atqui fœminarum testimonium fidem facit in his, ubi solemnitatum deest scrupulosa observatio, *l.* 20. §. 6. *ff. qui test. poss. l.* 18. *ff. de test.* Quare a testamentis ad codicillos collectio non procedit. HEIN.

FINIS LIBRI SECUNDI.

[illegible] enim [illegible]
[illegible] *dup.* plane interdictum [illegible]
[illegible] substitutio ad fideicomm[illegible]
[illegible]rpretatione, *l. Scævola*, 76. *ad*
[illegible]rsum autem si constet, aliquem
[illegible]on habebat, codicillos, non test[illegible]
[illegible]isse, in ea scriptura directa instit[illegible]
luntate defuncti, quamvis claus[illegible]
non sit, in vim fideicommissi vale[illegible]
que haberi, ac si legitimus hær[illegible]
in codicillis hæreditatem re[illegible]
ibi Bart. [illegible]ld. & alii, & [illegible]
que jur[illegible]mur.